مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ
وَنَتَائِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ
فِي
شَرْحِ المدَوَّنَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا

تأليف
أبي الحسن عليّ بن سعيد الرجراجي

تقديم
فضيلة الشيخ الأستاذ الدكتور علي علي لُقَم

اعتنى به
أبو الفضل الدّمياطي
أحمد بن عليّ

الجزء الثّالث

مركز التراث الثقافي المغربي
دار ابن حزم

الطبعة الأولى
١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م

ISBN 9953-81-431-7



الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع
بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366
هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)
بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

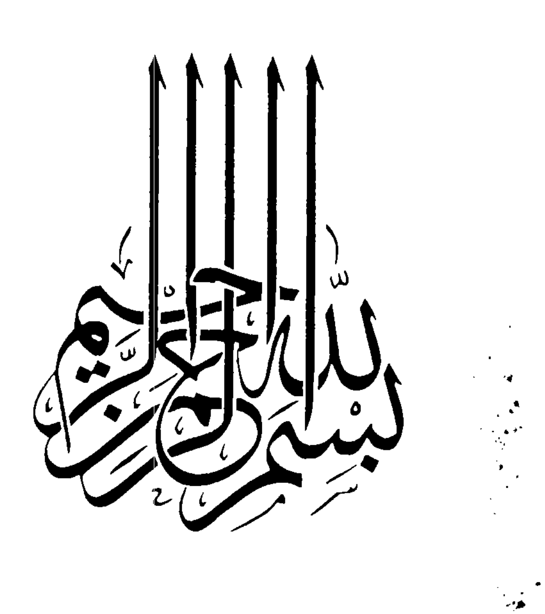
مَنَاهِجُ التَّحْصِيلِ

وَنَتَائِجُ لَطَائِفِ التَّأْوِيلِ

في

شَرْحِ المُدَوَّنَةِ وَحَلِّ مُشْكِلَاتِهَا




بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الجهاد



كتاب الجهاد [١]

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها عشر مسائل:

المسألة الأولى

[في اشتقاق الجهاد و] [٢] الجهاد من فروض الكفاية .

ولفظته في [الاشتقاق] اللغوي موضوعة على الإطلاق، ولمن بالغ في إتعاب النفس فأجهدها في تحصيل أرب ما.

وفي عرف الاستعمال الشرعي كذلك موضوعة لمن أجهد نفسه وغَلَّبَ تقواه على هواه في اكتساب قربة يرجو بها جزيل الثواب وحسن المآب.

وهذا الإطلاق سائغ عند العلماء إلا أنها لفظة تعرفت في الشرع لإفادة قربة مخصوصة حتى لا يفهم عند الإطلاقات والاصطلاحات فيما يجري بينهم في المحاورات سواها، وهي [مجاهدة] [٣] الكفار ومحاربة الأعداء الذين هم أبغض خلق الله إليه، فلتكن مجاهدتهم أحب قرباته إليه.

وفضائله لا تحصى وشواهده لا تخفى.

وهو من فروض الكفاية يستقل بالقيام [به] [٤] آحاد الخلق دون أعيانهم كالعلم لا فرق سواء ، وقد ألزمهما الله تعالى في قرن وجمعهما في نسق في عموم قوله تعالى : ﴿ **فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ** ﴾ [٥] .

---

(١) سرت في الترتيب على مخطوط دار الكتب المصرية التي أتبعت الزكاة بالجهاد، بينما في «المدونة» سبق الجهاد الحج.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: محاورة.

(٤) سقط من أ.

(٥) سورة التوبة الآية (١٢٢).

وإلـى [مثـل] [١] هذا ذهب بعض المحـققين بقوله: قواعد الـنبوة إنما تأسست وتمهدت لدعاء الخـليقة إلى نهج الحقيقة طلبًا لـلاعتراف بالوحدانية والإقرار بـالربوبيـة [تارة] [٢] بالسـيف والسنـان و [تارة] [٣] بـالحجـة [والبرهان] [٤] ، فإن أجابوا إلى ذلك قبل منهم، وإلا طلبت منهم الجزية، على ما سيأتي بيانه إن شاء الله . والحمد لله وحده.

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

المسألة الثانية

في الدعوة قبل القتال هل هي مشروعة أو غير مشروعة [١] ؟

والأصل في وجوبها على الجملة قوله تعالى: ﴿ إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ بِالْحَقِّ بَشِيراً وَنَذِيراً ﴾[٢].

وقال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنزِلَ إِلَيْكَ مِن رَّبِّكَ ﴾ الآية [٣].

وقال تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيراً وَنَذِيراً ﴾ [٤].

فاقتضت هذه [الآيات] [٥] الدعوة إلى الله تعالى وتبشير من أطاعه بالجنة، وينذر ويحذر من عصى بالنار.

ثم لا يجوز القتال إلا بعد الدعوة لقوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولاً ﴾ [٦].

والمراد من بعثة الرسل التبليغ.

ولا خلاف فيمن قُطِعَ عليه أن الدعوة لم تبلغه ـ إن تصور أن يكون ذلك، أو يمكن أن يوجد [ذلك] [٧] في بعض الجزائر وأطراف البلاد النائية من لا يعرف بعثة الرسل ـ أنه لا يقتل إلا بعد الدعوة، وهذا ممن لا أظنه يكون، والله أعلم.

وقد اشتهر من رسالة رسول الله ﷺ وظهور شريعته ما لا يمكن

---

(١) انظر: «المدونة» (٣ / ٢) و«النوادر» (٣/ ٤٠ ـ ٤٢).
(٢) سورة البقرة الآية (١١٩).
(٣) سورة المائدة الآية (٦٧).
(٤) سورة سبأ الآية (٢٨).
(٥) في الأصل: الآية.
(٦) سورة الإسراء الآية (١٥).
(٧) سقط من أ.

[لأحـد] [١] جهله مـع [اتساع] [٢] الملة وامتداد المـدة؛ ولأجل ما ذكرناه اختلف العلماء في وجوب الدعوة قبل القتال على أربعة أقوال:

أحدهـا: أن الدعوة ساقطة غير لازمة لأحد؛ لبلوغ الدعوة كافة الأنام، قاله الحسن البصري وغيره.

والثـاني: أن الدعوة واجبة قبل القتال في حق كل أحد ـ قربت داره أو بعدت ـ وقاله عمر بن عبد العزيز، وأكثر العلماء، وبه قال مالك.

والثالث: التفصيل بين من قربت داره أو بعدت ؛ فإن قربت داره: قوتل قبل الدعوة لعلمهم بالدعوة، بل تطلب غرتهم بالليل والنهار.

فإن بعدت داره: فـلا يقاتل إلا بعد الـدعوة؛ لأن الدعوة أقطع لـلشك وأنزه للجهاد ـ معناه: أنزه عن الإثم .

والرابع: التفصيل بين القبط و [غيرهم من] [٣] الروم؛ فالروم يقاتلون قبل الدعوة، والقبط لا يقاتلون حتى يُدعوا.

والأقوال [الأربعة] [٤] مذهبية، وكلها من«المدونة».

وسبب الخلاف: اختلافهم في المفهوم من أمره عليه السلام [بالدعوة][٥] قبل القتال هل ذلك لجهلهم بالرسالة والنبوة فتسقط الدعوة في حق من علم بالرسـالة، أو ذلك لجهلهـم بالسبب الـذي نقاتلهـم عليه؛ هل ذلك طـلبًا للملك والرئاسة، أو ذلك [لتبليغ] [٦] [أحكام] [٧] الرسالة؛ وهي أن

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: اتباع.

(٣) سقط من أ.

(٤) في الأصول: الثلاثة والصواب ما أثبتناه.

(٥) في أ: في الدعوة.

(٦)في ب: لتبيين. (٧) سقط من أ.

تكون كلمة الله هي العليا وكلمة الذين كفروا السفلى؛ فعلى هذا لا بد من الدعوة قبل القتال، بالإنذار وإن دنت الدار واشتهرت النبوة والرسالة في سائر الأمصار.

والتفصيل بين قريب الدار أو بعيدها [حسمًا] (١) [لمادة الشك](٢) وقطعًا لأعذار أهل الشرك.

وتفريق مالك ـ رحمه الله ـ بين القبط والروم في وجوب الدعوة على ما في «المدونة»: اختلف [المتأولون] (٣) في تأويله؛ فقال بعضهم: لعله رأى أنهم لا يفقهون ما يدعون إليه، فرأى أنهم يدعون وتبين لهم الدعوة.

وقال بعضهم: هذه العلة باطلة؛ لأن القبط من أحذق الناس.

وتأول آخرون أن ذلك لحق مارية القبطية أم ولد النبي ـ ﷺ ـ وهي أم ولده إبراهيم.

وقيل: إن العلة: أن القبط كان لهم عهد وَرُكِبُوا بظلم وتداول الملوك ذلك من أهل الجور [فنقضوا] (٤) ما كانوا عليه من العهد؛ فلذلك لا يقاتلون حتى يدعوا ويخيروا أنهم يردون إلى ما كانوا عليه ويسار فيهم بالعدل وطريق الحق، وأما الروم فما كان لهم عهد قط، وهذا أثبت ما قيل في [هذه] (٥) المسألة.

واختلف في تبييت العدو قبل الدعوة على قولين:

أحدهما: أنهم لا يبيتون حتى يدعوا، وهو قول مالك في «مختصر» ابن

---

(١) في أ: حسن.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: المتأخرون.

(٤) في ب: حتى نقضوا.

(٥) سقط من أ.

عبد الحكم، وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أن التبييت جائز [قبل الدعوة] [١] ، وهو قول ابن المواز، واستشهد بقصة [كعب] [٢] بن الأشرف وغيره ممن بعث إليه النبي ﷺ من قتله، غيلة على ما ذكر في آثار المدونة في كتاب الجهاد.

وفي المسألة **قول خامس** بالتفصيل بين الجيوش والسرايا؛ فتجب الدعوة على الجيوش دون [ق / ٥٣ ب] السرايا، وهو قول أصبغ في «العتبية»، وهو ظاهر «المدونة» [٣]؛ لقوله: «لأن سيرتهم غير سيرة السرايا لأنهم يقصدون الإظهار على غير اختفاء، وهم أمراء يقيمون الحدود ويقسمون الفيء».

قال سحنون: «لا فرق بين الجيوش والسرايا، إن وجبت فعلى الجميع، وإن سقطت فعن الجميع» [٤] .

وهو تفسير لأقاويل مالك في المسألة فيتحصل في المذهب أربعة أقوال كلها قائمة من «المدونة». فإذا قلنا بالدعوة، فما صفتها؟ وهل يدعون إلى الإيمان [وفروعه] جملة واحدة؟ وهو ظاهر الحديث على ما رواه ابن حبيب في كتابه ـ وإن كان العلماء قد طعنوا في أحاديث ابن حبيب، أو يدعوهم إلى الإيمان أولاً، فإن أجابوا إليه فيدعوهم إلى الفروع ثانيًا [وهذا نص المدونة] [٥].

وأما صفة الدعوة: فهي مختلفة باختلاف صفة كفرهم؛ لأن

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) انظر: «المدونة» (٣/ ١٢).

(٤) انظر: «النوادر» (٣/ ٤١).

(٥) سقط من أ.

[الصفات](١) التي بها كفر من كفر مختلفة وإن كانت كلها تؤدي إلى شيء واحد وهو الكفر؛ فكفار قريش مُقِرّون [بالربوبية ولا يقرون] (٢) بالألوهية وأن [ق / ١٠٥أ] الله خلقهم ويجعلون له شريكًا، تعالى الله عن قولهم، وينكرون النبوة فيدعون إلى الرجوع عن [هذين الوصفين] (٣) بأن يقروا بالوحدانية والرسالة.

وأما اليهود: فمن كان منهم مشركًا يقول: عزير [ابن الله] (٤)، وينكر أن محمدًا نبيًا ورسولاً ﷺ ، فيدعون إلى الرجوع عن [هذين الوجهين](٥) ومن كان منهم مقرًا بالوحدانية منكرًا للرسالة فيدعون إلى الإقرار بالرسالة.

وأما النصارى: فهم منكرون للوحدانية والرسالة، فيدعون إلى الإقرار بهذين الوجهين [وأما المجوس فقد أنكروا الألوهية والرسالة فيدعون إلى الإقرار بهذين الوجهين] (٦).

وأما الصابئون: فإنهم يعبدون الملائكة وينكرون الرسالة، وهم مقرون بالألوهية وينكرون البعث. فإذا رجع كل فريق من هؤلاء عن الوجه الذي [به](٧) كفر إلى ما دعى إليه كان مؤمنًا، [ثم يدعون] (٨) بعد ذلك إلى فروع الإسلام على الترتيب.

---

(١) في أ: الصفة:
(٢) سقط من الأصل.
(٣) في ب : هاتين الصفتين.
(٤) في أ: ابن عبد الله.
(٥) في ب: هاتين الصفتين.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.
(٨) سقط من أ.

واختلف في السلابة هل يدعون قبل القتال أم لا ؟ على قولين:

أحدهما: أنهم يدعون إلى أن يتقوا الله ويَـدَعُوا ما هم عليه، فإن أبوا فَلْيقَاتَلوا.

وهو قول مالك في «المدونة» [١].

والثاني: أنهم لا يدعون لعلمهم بما يدعون إليه.

وهو قول عبد الملك في «كتاب ابن المواز».

فإن طلبوا الطعام و [الثوب] [٢] والأمر اليسير هل يعطون أم لا؟

على قولين:

أحدهما: أنهم يعطون ما طلبوا، وهو قول مالك في «المدونة» [٣]، وظاهره: أنه يجوز أن يعطوا وإن كان المطلوب قادرًا على الامتناع منه.

والثاني: أنه لا يجوز أن يُعْطوا شيئًا إذا كان المطلوب يرجو الظفر بهم والنصرة عليهم لأن إجابتهم على مطلوبهم مع القدرة على مكافحتهم إشلاء لهم على أنفسهم وغيرهم من المسلمين، وقوة لمادتهم وعون لهم على ما هم عليه من البغي والفساد، وذلك ظلم وإثم مبين، وهو قول عبد الملك [ق/ ٨٨جـ] في كتاب ابن المواز.

وسبب الخلاف: قتال المحاربين هل تعين على من لقيهم وعلى غيرهم، أو لا يتعين؟

فمن رأى أن قتالهم لا يتعين قال: يجوز أن يسعفهم بمقصودهم فيما

---

(١) انظر: «المدونة» (٣/ ٣).

(٢) في جـ: الشراب.

(٣) انظر المصدر السابق.

طلبوا.

ومن رأى أن قتالهم تعين على من لقيهم قالوا: إنه لا يجوز أن يعطوا لأن جهادهم قد تعين عليهم. والقولان قائمان من «المدونة» (١).

فعلى قولهم في «كتاب الجهاد»: لا بأس أن يعطوا ما طلبوا من الشيء الخفيف: فلا يتعين قتالهم.

وعلى قوله في آخر «كتاب المحاربين» من «المدونة»: وجهاد المحاربين جهاد تعين قتالهم.

والقولان ظاهران، والحمد لله وحده.

---

(١) انظر المصدر السابق.

المسألة الثالثة

في حكم الأسارى و [الغنائم] [١] وجميع ما نيل من العدو [٢] .

وينقسم على خمسة أقسام:

ذو القوة من الرجال، والنساء والعيال، وما لا تسرع إليه الأيدي من الأموال وما لا تصبر عنه الأيدي في أكثر الأحوال، وما لا سبيل [إليه من الأموال][٣].

فالجواب [القسم] [٤] عن الأول: إذا غُنم من العدو ذوو القوة من الرجال: فإن الإمام مخير فيهم بين خمسة أشياء: القتل، والجزية، والفداء، والمن، والاسترقاق.

فمن هذه الخصال الخمس ما يستوي فيه جميع أنواع الكفار إذا أسروا، [وهو][٥]: المن، والفداء، والقتل فيمن يجوز أن يؤسروا.

وقولنا: «فيمن يجوز أن يؤسروا» احترازًا من رهبان الصوامع والديارات ممن بان بنفسه عن مخالطة الكفار، ولا يمدهم برأي ولا بمال، ولا تدبير، فهم الذين نهى أبو بكر ـ رضي الله عنه ـ عن قتلهم وأسرهم والتعرض لهم في أنفسهم.

واختلف في أموالهم هل تترك لهم، أو تؤخذ منهم على قولين قائمين من «المدونة»[٦]:

---

(١) في ب: المغانم.

(٢) انظر: «المدونة» (٣/ ٩) و«النوادر» (٣/ ٧٠).

(٣) في ب: فيه إلى الانتقال.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: وهذا.

(٦) انظر: «المدونة» (٣/ ٩).

أحدهما: أنهم تؤخذ أموالهم ويترك لهم منها ما يعيشون به، ولا تؤخذ أموالهم كلها [فلا يجدون ما يعيشون به][١]، وهو قول [مالك] [٢] في «المدونة».

والثاني: أنها تترك لهم كلها إن عُرف أنها من أموالهم، ولا يؤخذ منها شيء، وهو قول ابن المواز، وهو ظاهر «المدونة»؛ لأنه قال في الكتاب (لا يتعرض له في نفسه).

فكما نهى عن التعرض لنفسه فكذلك ينهى عن التعرض لماله، وهو نص قول مالك في «العتبية» [٣] أيضًا.

وأما من لم يَبِنْ بنفسه ممن يخالط جملة أهل الكفر؛ كرهبان [الكتابيين][٤]: فإنهم كسائر الرجال المقاتلة [من الكفار] [٥] يستباحون بالقتل والأسر والاسترقاق؛ فإن منهم الرأي والتدبير والنكاية على المسلمين فهم أنكى ممن يعمل بيده.

واختلف في النساء إذا ترهبن هل يسبين أم لا ؟ على قولين:

أحدهما: أنهن أحق أن لا يسبين ولا يستبحن، وهو قول أشهب في «مدونته»[٦].

والثاني: أنهن يسبين بخلاف الرجال، وهو قول سحنون.

وسبب الخلاف: هل العلة الموجبة للصون كونهم مترهبة فيستوي [في

---

(١) في ب: فيموتون بالجوع.

(٢) في ب: ابن القاسم.

(٣) البيان والتحصيل (٢/ ٥٢٦).

(٤) في أ: الكنائس.

(٥) سقط من أ.

(٦) النوادر (٣/ ٦٠) والبيان والتحصيل (٢/ ٥٥٨).

ذلك] [١] الذكر والأنثى، أو كونه ذكرًا مترهبًا فيفترق الحكم بين الذكر والأنثى؛ وذلك لأن الراهب قد كفى المسلمين بأسه وقمع عن أذيتهم شوكته، فاستحق بذلك أن يعفى في نفسه على الاتفاق، وفي ماله على الاختلاف، بخلاف المرأة لا نكاية لها ولا شوكة ترهبنت أم لا.

والتخيير في هذه الأشياء موكول إلى اجتهاد الإمام فمن كانت منه نكاية وكان قد قاتل المسلمين: فأرى أن شفى صدور المسلمين في قتله وإن كان استرقاقه واستحياؤه غير محرم، وكذلك إن كان لا تؤمن غائلته إن استحيى أو إن نفر إلى موضعه أو أن يصير عينًا على المسلمين فقتله أحسن.

وإن لم تتقدم له نكاية وأمنت غائلته فاسترقاقه أو الجزية فيه أحسن والقتل غير محرم.

وأما المن: فيحسن لكل من يرجى بردِّه صلاح أو كسر شوكة.

وأما الفِدَاء: [فحسن] [٢] لمن لا يعرف بالشجاعة وإن أسقط الإمام عن الأسير القتل وأبقاء ليرى فيه رأيه في [أحد] [٣] هذه الوجوه الأربعة بما سوى القتل لم يجز أن يقتله بعد ذلك.

وإن منَّ عليه لم يجز أن يحبسه عن الذهاب إلى بلاده إلا أن يشترط عليه أن يبقى فيضرب عليه الجزية. فإن أبقاه للجزية: لم يجز له أن يسترقه. ويجوز له أن يفدى به برضاه.

وإن أبقاه على وجه الاسترقاق: جاز أن ينتقل معه إلى الجزية كذلك ذكر الشيخ أبو الحسن اللخمي، وهذا كله في أهل الكتاب.

وأما من لا كتاب له من مشركي العرب هل يخير فيهم بين الخمسة

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: فيستحسن.

(٣) سقط من أ.

أشياء كما يخير [في غيرهم] (١) من أهل الكتاب أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه يخير فيهم كما يخير في أهل الكتاب .

والثاني: أنهم بخلاف أهل الكتاب في التخيير.

ويبنى الخلاف على الخلاف في الجزية هل تؤخذ من مشركي العرب كما تؤخذ من غيرهم من أهل الكتاب أم لا؟ فمن رأى أنها تؤخذ [منهم](٢): قال بالتخيير [للإمام] (٣) فيهم بين الخمسة [أوجه] (٤) .

ومن قال لا تؤخذ منهم الجزية: اختلف هل يخير فيهم بين أربعة أشياء أو بين ثلاثة أشياء على قولين:

أحدهما: أنه يخير فيهم بين أربعة أشياء؛ المن، والقتل، والفداء، والاسترقاق.

وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: [أن] (٥) الإمام مخير فيهم بين ثلاثة أشياء؛ القتل، والفداء، والمن، وليس له أن يسترقهم.

وهو قول ابن وهب.

وسبب الخلاف: اختلافهم في العرب إذا سبوا هل يُسترقُّون بالسبى كما يسترق غيرهم من أهل الكتاب [أم لا](٦)؟

فمن رأى أنهم يسترقون بالسبى: قال فيهم بالتخيير بين أربعة أشياء،

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: أشياء.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

وهو قول ابن القاسم في «المدونة»[١]: (إن العرب يسترقون إذا سبوا كالعجم).

ومن رأى أنهم [لا] [٢] يسترقون بالسبى قال: يخير فيهم بين ثلاثة أشياء.

وقد أتقنا الكلام في هذا المعنى في «باب الجزية» في «كتاب الزكاة» إتقانًا لا نزيد عليه ، والحمد لله وحده.

والجواب عن [القسم] [٣] الثاني: في سبى النساء والعيال والمستضعفين من الرجال.

وفي الحديث: «نهى رسول الله ﷺ عن قتل النساء والصبيان»[٤].

وفي حديث آخر: «والشيخ الهرم».

وفي حديث آخر: « **لا تقتلوا ذُرِّيَّةً ولا عَسِيفًا** » [٥] والعسيف: هو الأجير.

قال ابن حبيب [٦] : وورد النهي عن قتل الفلاحين والأكارين، قال ابن حبيب : وهم الحراثون الذين لا ينصبون حربًا ولا تخشى منهم غورة ولا كيد.

---

(١) المدونة (٣/ ٢٤).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) أخرجه البخاري (٣٠١٥) ومسلم (١٧٤٤) من حديث ابن عمر.

(٥) خرجه ابن ماجه (٢٨٤٢) وأحمد (١٥٥٦٢) و(١٧١٥٨) من حديث حنظلة الكاتب. قال الألباني: حسن صحيح.

(٦) انظر: «النوادر» (٣/ ٥٧).

وأما النساء: فلا يخلو حالهن من وجهين: إما أن ينتصبن للقتال، ويعرضن للنزال، أو لا ينتصبن للقتال بل كففن إذايتهن عن المسلمين على كل حال.

فإن كفون المسلمين إذايتهن ولازمن عند التحام الحرب قعر بيوتهن حتى لا ينال المسلمين شيء من إذايتهن: فلا خلاف عندنا في تحريم قتلهن؛ لأن الشرع قد تجافى [عن عقوبة النساء] (١) على الجملة في القتال [لعجزهن] (٢) عن مبارزة الرجال ومكافحة الأبطال وتحمل الأهوال، وإنما كلفن حسن التبعل للرجال والتستر بوراء الحجال بخلاف الأحرار البالغين من الرجال الذين عندهم آلة النكاية بالقتال: فليس في جواز قتلهم إشكال.

وإن كن يدمن [وسم] (٣) الفر [بالخنا] (٤) ويمدحن الكر بالغنا، وذلك أنهن ينشدن في أشعارهن وينثرن في أنثارهن (٥):

نحن بنات طارق كالدم في المرافق
إن تقبلوا نعانق [نفرش] (٦) النمارق
أو تدبروا نفارق فراق غير وامق

بل هن وسائر الأطفال حشد و [معونة] (٧) على القتال ومادة كسائر الأموال.

وقال عمر ـ رضي الله عنه : اتقوا قتلهن إذا التقى الزحفان، وعند مزاحمة النهضان، وفي شن الغارات، إلا أن يباشرن الكفاح ويشهرن

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) هند بنت عتبة.
(٦) في أ: تفرشوا.
(٧) في أ: مؤنة.

السلاح.

وهو الوجه الثاني من أصل التقسيم، فحينئذ ينظر: فإن باشرن القتال بالسلاح، أو كن على [الأسوار] [١] يرمين بالحجارة فقتلن أحدًا: فلا خلاف في المذهب - أعلمه - في جواز قتلهن في حين المسابقة [لوجود المعنى المبيح لقتلهن] [٢]، وكذلك يباح [قتلهن] [٣] بعد الأسر إذا قاتلن.

فإن رمين بالحجارة ولم [يظهرن] [٤] النكاية ولا قتلن أحدًا: فلا يقتلن بعد الأسر اتفاقًا.

وهل [يعرض] [٥] عنهن في حين المقاتلة ويشتغل بغيرهن أو يقاتلن قتالاً يكفهن من غير أن يؤدي إلى قتلهن، وهذا يتخرج على [ق / ١٠٦أ] قولين فإن أشهرن السلاح وباشرن الكفاح فقاتلن ولم يقتلن حتى أسرن، فهل يقتلن بعد الأسر أم لا؟

على قولين:

أحدهما: أنهن يقتلن بعد الأسر كما يقتلن في حين القتال، وهي رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في «العتبية» [٦].

والثاني: أنهن لا يقتلن بعد الأسر وإن وجد منهن القتال، وهو قول سحنون في [كتابه [٧]] [٨].

وسبب الخلاف: اختلافهم في المفهوم من قوله ﷺ: « **ما كانت هذه**

(١) في الأصل: الأصوار.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: تظهر.
(٥) في أ: يلهى.
(٦) البيان والتحصيل (٣/ ٣٠).
(٧) انظر المصدر السابق.
(٨) في ب: كتاب ابنه.

تقاتل» [١]، [فدليله] [٢] أنها لو كانت تقاتل لقتلت في حين القتال وبعد القتال، وهذا على القول بدليل الخطاب.

وقد اختلف المذهب عندنا في القول به.

ومن فهم من قوله عليه السلام: «**ما كانت هذه تقاتل**» [٣] أن قتلها يجوز في حين القتال للضرورة الداعية إلى الذّبّ عن المسلمين، والحرص على إسفاك دم من [صادفهم] من المشركين ـ ذكرًا كان أو أنثى.

فإذا عدم ذلك المعنى عاد الحظر لما كان وصرف بالأسر غنيمة للمسلمين [فلا يقتلن] [٤].

والصبي المراهق [في المشركين] [٥] في جميع ما ذكرناه كالنساء والعواتق [لا فرق] [٦] سواء.

واختلف في الصبي إذا أنبت الشعر ولم يحتلم هل يقتل أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

فأكثر أصحاب مالك على أنه يقتل.

وذهب ابن القاسم وغيره إلى أنه لا يقتل حتى يحتلم.

وقد أمر عمر ـ رضي الله عنه ـ بقتل من جرت عليه المواسي. وقد ذكرنا [دلائل] [٧] البلوغ في «كتاب الصيام»، ولعل أن تكون لنا العودة

---

(١) تقدم تخريجه.
(٢) في أ: فذلك
(٣) تقدم تخريجه.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ: دليل.

إلى زيادة البيان لهذا المعنى في «كتاب القطع في السرقة» إن شاء الله تعالى.

وأما الشيخ [الكبير] [١] الفاني الذي لا تخشى منه نكاية ولا يبتغى من رأيه [غائلة] [٢] ذميمة: فلا إشكال أنه لا يقتل، وهو مذهب «المدونة».

ومن قتل من نهى عن قتله من صبي أو امرأة أو شيخ كبير: فلا يخلو قتله إياه من أن يكون بدار الحرب قبل أن يصير في المغنم [أو بعد أن صار مغنمًا. فإن قتله من قبل أن يصير في المغنم] [٣] : فليستغفر الله، ولا شيء عليه [وهو قول سحنون] [٤].

وإن قتله بعد أن صار في المغنم: فعليه قيمته لجعل ذلك في المغنم.

وهو قول سحنون أيضًا.

واختلف في الأُجَرَاء والحَرَّاثِين وأهل الصناعات إذا لم يخش من جهتهم وأمنت ناحيتهم فهل يقتلون أم لا ؟ على قولين:

أحدهما: أنهم [لا] [٥] يقتلون، وهو قول ابن القاسم في كتاب محمد، وبه قال عبد الملك في الصُنَّاع بأيديهم ويراهم كالأُجَرَاء.

وكل من لم يكن من مقاتلتهم إذاية وإنما يجلبون [للكثرة والعمل][٦]: فحكمهم حكم من ذكرنا عند ذكرهم.

والثاني: أنهم يقتلون [كلهم] [٧] كالأجير وغيره ممن ذكرنا.

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: غاية.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) في أ: لأكثره.
(٧) سقط من أ.

وهو قول سحنون، قال: وما ذكر من النـهي عن قتل من ذكرنا فإنه لم يثبت، قال: هم وغيرهم من الكفار سواء[١].

قـال: وأمـا [ذوو] [٢] الأعذار من الـزمنى، والمرضى، والعـميان، [والأشلاء] [٣] والأعرج: فلا يخلو من أن يخشى منهم في الحال [لما ظهر منهم من الحيل والتدبير أو لا يخشـى منهم إلا في المآل فإن خشى منهم في الحال] [٤] لما يكون من [خيانة] [٥] غيرهم وعلمهم بمصالح الحرب: فلا خلاف أنهم يقتلون جميعًا وإن كان لما يتوقع منهم في ثاني حال.

أما المريض فإن كان شابًا: فالنظر فيه إلى الإمام كسائر الأسارى:

وإن كان شيخًا: فلا يقتل إذا كان صحيحًا، فكيف إذا كان مريضًا.

وأما من عداهم من سائر الـزمنى وذوى الأعذار: فقد [ق / ٨٩ جـ] اختلف المذهب في جواز قتلهم على قولين بعد الاتفاق على جواز أسرهم:

أحـدهمـا: أنهم يقتلون ولا يستحيون لما يـتمكن منهم ويتصور من جر الجيوش وإقامة الرأي والتدبير والمكر والخداع، وهو قول سحنون[٦].

والـثانـي: أنهم لا يقتلون؛ إذ لا رأي لهـم ولا تدبير في الحال [لأنهم كالحشوة ويحملهـم على أنهم غير منظور إليهم حتى يـتبين أنهم ممن يرجع إلى رأيهم وتدبيرهم وهو قول ابن حبيب] [٧].

---

(١) النوادر (٣/ ٥٧ ـ ٥٨).

(٢) في الأصل: ذوا.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في الأصل رسمها هكذا : حابة .

(٦) النوادر (٣/ ٥٩).

(٧) سقط من أ.

وسبب الخلاف: اعتبار الحال والمآل.

والجواب عن [القسم] (١) الثالث: في [سبى] (٢) ما لا تسرع إليه الأيدي من الأموال ؛ مثل العبيد والحيوان وسائر العروض التي لم تجر العادة بالانتفاع بها بعد الغنيمة إلا بعد القسمة وخروج الخمس منها فذلك موقوف في حوطة [الأمير] (٣) حتى يقسمه بين الغانمين، ولا سبيل إلى أن يمدوا إليه أيديهم للعدوان، وجائز لمن احتاج إلى دابة يركبها لبعض حوائجه أو فرس يقاتل عليه [أو سلاح يقاتل به] (٤) أن يأخذ ذلك من الغنيمة قبل القسمة ويرده بعد أن قضى منه وطره، وهذا هو المشهور من المذهب.

وقد وقع لعلي بن زياد رواية من مالك في «كتاب الجهاد» من «المدونة» أنه لا يجوز أن ينتفع من الغنيمة بدابة ولا سلاح؛ إذ لو جاز ذلك لجاز أن يأخذ العين ويشتري به.

وقال بعض المتأخرين: وهذا الذي قاله لا يلزم ابن القاسم ولا يأباه، ولو لم يجز ذلك في الغنيمة لجاز له أن يأخذ العين ويشتري به عند ابن القاسم.

والذي قاله عليّ أظهر في النظر لأنه مال مشترك بين الغانمين، فلا سبيل [إلى] (٥) أن يختص أحد منهم بشيء دون سائر أصحابه.

والذي قاله ابن القاسم أشهر في الرواية، وهو في النظر ضعيف، اللهم إلا أن يكون هناك عرف متقدم يشهد بصحة ما صار إليه فيصار إليه؛

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: قسم.
(٣) في ب: الإمام.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

كالطعام إذا احتيج إليه، على ما سنبينه في قسمه إن شاء الله تعالى.

وأما [ما] (١) أخذ من الغنائم على وجه العدوان: فلا يخلو من أحد وجهين:

أحدهما: أن يؤخذ منها قبل الحَوْز.

والثاني: أنه يؤخذ منها بعد الحَوْز، وبعد أن صارت في حوطة صاحب الغنائم.

فأما ما أخذ منها [قبل] (٢) الحوز مما يستأثر به بعض الغانمين عن بعض مما لم تجر العادة بإحاطة الانتفاع به لأهل الجيش؛ إما لكونه مستغنى عنه، وإما لكونه نفيسًا في قدره: فذلك يسمى غلولاً على الحقيقة؛ لقوله ﷺ: «**أدوا [الخائط والمخيط]**» (٣) [**وقال**] (٤): «**الغلول عار ونار وشنار على صاحبه يوم القيامة**» (٥).

فأما ما أخذ منها بعد الحوز وبعد أن صارت في [حوطة] (٦) صاحب المغانم: فذلك يسمى غلولاً وسرقة. وكلاهما محرمان بالكتاب والسنة على الجملة.

وقد اختلف في الغنيمة بماذا تملك على أربعة أقوال كلها قائمة من

---

(١) سقط من أ.

(٢) في الأصل: بعد.

(٣) في ب: الخيط والمخيط.

(٤) في أ: لأن.

(٥) أخرجه أبو داود (٢٦٩٤) والنسائي (٣٦٨٨) وأحمد (٦٦٩٠) ومالك في «الموطأ» (٩٩٤) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعًا. وأخرجه ابن ماجه (٢٨٥٠) من حديث عبادة بن الصامت وأخرجه أحمد (١٦٧٠٤) من حديث العرباض بن سارية. وهو حديث صحيح.

(٦) في أ: حوز.

«المدونة»:

أحدها: أنها تملك بالإيجاف والإدراب إلى أرض العدو، ومن مات من أهل العسكر ساعتئذ أو ضلّ عن أصحابه قبل الغنيمة: فإن الميت يورث [عنه](١) سهمه، والذي ضلّ يأخذ سهمه، وهو ظاهر قول مالك في المدونة فيمن ضل عن أصحابه بعد الإدراب أو ردت الريح بعض المراكب إلى أرض الإسلام غلبة واضطرارًا وفُقِدَ الباقون فغنموا [الغنيمة] (٢) أن [الغنيمة](٣) بين جميعهم، ولا يحرم من ضل ولا من ردته الريح، وهو قول عبد الملك في غير «المدونة» (٤).

والثاني: أنها لا تملك إلا بالقتال، فمن شهد القتال ثم مات قبل الغنيمة: فسهمه من الغنيمة موروث وهو نص قول ابن القاسم في «المدونة»، وهو مشهور المذهب عندهم.

والثالث: أنها لا تملك إلا بالأخذ والحوز، وهو قول [ابن نافع] (٥) في «المدونة» في «كتاب القطع في السرقة» و «كتاب الرجم»، وغيرهما من كتب «المدونة».

والرابع: أنها لا تملك إلا بالقسمة، وهو ظاهر رواية ابن القاسم [في المدونة](٦): أن من سرق من الغنيمة أو زنا بجارية منها: فإنه يحد ويقطع.

وقال غيره وهو ابن نافع: لا يقطع حتى يسرق ما فوق حقه بثلاثة

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: القسمة.
(٤) انظر: «النوادر» (٣/ ١٦١ ـ ١٦٢).
(٥) في جـ: ابن القاسم.
(٦) سقط من أ.

دراهم على تفصيل سحنون في ذلك في غير «المدونة» [(١)] ، على ما سنوضحه إن شاء الله في موضعه [ق / ٥٤ ب].

وهذه الأقوال كلها ظاهرة لا مراء فيها، ولا خفاء على من طالع الكتاب.

واختلف المذهب ـ عندنا ـ فيمن بعثه الأمير لمصالح المسلمين هل يسهم له أم لا ؟ فعن مالك في ذلك روايتان:

إحداهما: أنه يسهم له، وهي رواية ابن وهب وابن نافع عنه، مثل أن يبعث الإمام قومًا من الجيش [قبل أن يصل إلى بلاد العدو في أمر من مصالح المسلمين وأهل الجيش من حشد وإقامة أسوار أو غير ذلك فانشغلوا بذلك حتى غنم الجيش] [(٢)] .

والرواية الثانية: أنه لا يسهم له ولا يأخذ معهم شيئًا.

وسبب الخلاف: ما روي في الحديث أن النبي ﷺ أسهم لطلحة وسعيد بن زيد ـ وهما غائبان بالشام ـ وما ثبت عنه أيضًا ﷺ أنه أسهم لعثمان ـ رضي الله عنه ـ يوم بدر لتخلفه واشتغاله بابنته ﷺ، هل ذلك من خصوص النبي ـ ﷺ ـ ولا يحل لأحد من الأمراء أن يفعله بعد، أو ذلك شريعة متبعة إلى يوم القيامة ؟

وباقي الكلام في قسمة الغنائم يأتي في موضعه إن شاء الله، وإنما قدمنا الكلام هاهنا على [هذا الفصل] [(٣)] قبل بلوغ موضعه في الكتاب لضرورة التحصيل وترتيب [الأقسام] [(٤)] الكلام.

---

(١) انظر: «النوادر» (٣/ ١٦١ ـ ١٦٣).

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: التفصيل.

(٤) سقط من أ.

والجواب عن [القسم] (١) **الرابع**: فيما لا تصبر عنه الأيدي في أكثر الأحوال؛ مثل الطعام والإدام والعلف: فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أنه لا يدخل في المقاسم إلا ما استغنى عنه أهل الجيش، ومن وجده كان أحق به، ومن احتاج إليه ممن لم يجد شيئًا ليس على من وجد أن يواسيه إلا برضاه، وله أن يأخذ من المغنم بغير إذن الإمام، ويجوز أن يبيع من وجد قمحًا، ممن وجد لحمًا يدًا بيد. وهل يجوز ذلك غير يد بيد؟ قولان.

فإن باع ليوفر الثمن: فبيعه ماض ويؤخذ منه الثمن ويجعل في المغانم.

وإن أخذ منه طعامًا ينفق منه [إلى بلده] (٢) ففضلت منه فضلة: قال مالك: «يأكل القليل ويتصدق بالكثير».

وقال محمد: إن كان كثيرًا حبس منه اليسير الذي [لو] (٣) لم يبق [منه](٤) إلا هو [لأخذه](٥)، ويتصدق بالبقية. ولو أقرضه لأحد ما كان يجوز له أن يأخذ منه [شيئًا] (٦) بعد وصولهم إلى بلادهم، والأصل في ذلك حديث الجراب: أن رجلاً من المسلمين [أخذ] (٧) جرابًا مملوءًا بشحم يوم خيبر من [شحوم] (٨) اليهود، فضربه صاحب الغنائم وأراد أن يأخذها منه ويجعلها في الغنائم، فقال له النبي ﷺ **«خل بين الرجل وبين جرابه يذهب إلى أصحابه»**(٩).

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من ب.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: لحبسه.
(٦) سقط من أ.
(٧) في جـ : أصاب. (٨) سقط من أ.
(٩) أخرجه ابن بشكوال في «غوامض الأسماء المبهمة» (ص ٤٠٢) وقد أشار الحافظ في «الفتح» (٦/ ٢٥٦) إلى أن سنده معضل.

فكان ذلك سنة من النبي ﷺ في الطعام [والإدام] [١] في كل من دعته الحاجة إليه.

وهل يقاس عليه ما عداه من سائر الدواب والعروض إذا احتيج إلى الانتفاع به أم لا ؟

فعلى رواية ابن القاسم: يجوز القياس، وعلى رواية ابن وهب: لا يجوز.

والجواب [عن القسم الخامس] [٢] فيما [لا سبيل فيه إلى] [٣] الانتفاع مثل الدور، والأرضين [ق / ١٠٧ أ] هل يجوز قسمتها بين الغانمين على سنة الغنائم أم لا؟

فقد اختلف المذهب في ذلك اختلافًا كثيرًا، وتحصيله ما أشار إليه بعض المتأخرين: أن الأرض التي ظهر عليها المسلمون من أرض المشركين لا تخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تكون بعيدة من حضرة المسلمين.

والثاني: أن تكون قريبة من المسلمين.

والثالث: أن تكون بين أظهر المسلمين.

أما الوجه الأول: إذا كانت بعيدة عن حضرة المسلمين ولا يستطاع سكناها [للخوف] [٤] من العدو، ولا يرجى للمسلمين امتداد العمران واتصال السكنى إلى ذلك المكان: فإنه يهدم ويحرق ويقطع منه الشجر المثمر [وغير المثمر] [٥] ؛ لأن ذلك نكاية في العدو.

---

(١) سقط من أ. (٢) سقط من أ.
(٣) في أ: لا يجوز.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

وأما الوجه الثاني: وهو ما كان بقرب المسلمين وهم قادرون على عمارتها، إلا أنهم لا يقدرون، إلى الانتقال إليها واتخاذها محلاً للسكنى لكونها على الطرف، وقد لا يؤمن أن يفجأهم العدو بغتة حتى لا يبقى فيها التنافس كثيرًا: فإن الإمام يقطعها ويخرجها من رأس مال الغنيمة لمن رأى فيه جرأة ونجدة ليكون هناك ركيزة وعدة في نحر العدو [وزورًا] (١) للمسلمين، ولا مقال لأهل الجيش في ذلك.

وأما [الوجه الثالث: وهو] (٢) ما كان بين أظهر المسلمين ووقع فيه التشاحح والحرص، وكل واحد من أهل الجيش حريص على حقه فيه فهل تجوز قسمته أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يوقف ولا يقسم ولا حق لأهل الجيش فيه خصوصًا، بل هو أسوة للمسلمين وهو قول ابن القاسم وابن نافع في «كتاب التجارة إلى أرض الحرب» من «المدونة».

والثاني: أنه يقسم كسائر الأموال، ولا يجوز حبسها عن الغانمين.

وهو ظاهر قول مالك في بعض روايات «المدونة» في قوله: (وكل أرض افتتحت عنوة فتركت لم تقسم ولو أرادوا أن يقسموها لقسموها).

[فهذا] (٣) دليل على أنها تقسم إذا طلب الغانمون القسمة فيه. وبه قال بعض العلماء: وهو الأظهر في النظر والأثر.

والثالث: أن ذلك موكول إلى الإمام يجتهد فيه؛ إن رأى أن يقسمها قسمها، وإن أراد أن يوقفها وقفها.

---

(١) في أ: ورداء.

(٢) سقط من الأصل.

(٣) سقط من أ.

وهو ظاهر قول مالك في «كتاب الزكاة الأول»، و«كتاب الجهاد» من «المدونة».

والأقوال [الثلاثة] (١) كلها قائمة من «المدونة» لا تخفى على من دقق النظر فيها.

وسبب الخلاف: تعارض آية الأنفال لظاهر آية الحشر؛ وذلك أن الله تعالى قال في آية الأنفال: ﴿ وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ ﴾ (٢). وهذا العموم يقتضي قسمة كل ما ينطلق عليه اسم شيء مما غنم.

وقال في آية الحشر: ﴿ مَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ مِنْ أَهْلِ الْقُرَىٰ فَلِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ ﴾ (٣) إلى قوله: ﴿ وَالَّذِينَ جَاءُوا ﴾ (٤).

فظاهر هذه الآية يقتضي الوقف دون القسمة. فاختلف العلماء هل وقع بين الآيتين نسخ أم لا؟ على ما هو مشهور في مسائل الخلاف.

والصحيح ـ والله أعلم ـ أن ليس [بين الآيتين] (٥) نسخ ولا تعارض؛ لأن رسول الله ﷺ قسم النضير بين المهاجرين وثلاثة من الأنصار منهم أبو دجانة، والحارث بن الصمت، وسهل بن حنيف، وقسم رسول الله ﷺ لجميع المهاجرين لحاجتهم [ومسكنهم] (٦) وخروجهم من ديارهم وتركهم لأموالهم، ولتخف مؤونتهم عن الأنصار.

ولم يقسم للأنصار فيها شيئًا إلا الثلاثة المذكورين لحاجتهم ومسكنتهم.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سورة الأنفال الآية (٤١).

(٣) سورة الحشر الآية (٦).

(٤) سورة الحشر الآية (١٠).

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ.

ولم يخمسها النبي ﷺ لأنها أخذت بغير قتال، ولا أوجف عليها.

وقسم رسول الله ﷺ خيبر [وقريظة] وفدك؛ فدل ذلك على أن القسمة جائزة، وأن النسخ بين الآيتين غير صحيح.

وقال عمر - رضي الله عنه (لولا من يأتي لم أدع قرية افتتحت عنوة إلا قسمتها كما قسم رسول الله ﷺ خيبر) (١).

فأخبر عمر - رضي الله عنه - [ق / ٩٠ جـ] أنه إنما ترك قسمتها باجتهاده وليس بمنع [من] (٢) النبي ﷺ ولا بنص، والحمد لله وحده.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٢٣٥).

(٢) سقط من أ.

المسألة الرابعة

في الحربى إذا [أخذ] [١] فقال: جئتُ لأطلب الأمان [٢] فقد وقع في الكتاب منها أسئلة وأجوبة، ظاهرها اختلاف واضطراب، ونحن نسردها على حسب ما هي [عليه] [٣] في الأم.

ولقد سئل مالك عن الرجل [الحربى] [٤] يلقاه المسلمون فيقول: إنما جئت أطلب [الأمان] [٥]، فيقال: [كذبت ولكنا] [٦] حين أخذناك اعتللت بهذا.

قال مالك: وما يدريهم هذه أمور مشكلة، و [أرى] [٧] أن يرد إلى مأمنه.

ثم قال بعد ذلك: أرأيت الرومى يحل بساحلنا فينزل بغير أن يعطى أمانًا، فيقول: ظننت أنكم لا تعرضون لمن جاء لتجارة حتى يبيع.

قال : سمعت مالكًا سأله أهل المصيصة، فقالوا: إنا نخرج في بلادنا ونلقِ العلج مقبلاً إلينا، فإذا أخذناه قال: إنما جئت أطلب الأمان؟

قال مالك: هذه أمور مشكلة، وأنا أرى أن يرد إلى مأمنه، فأرى هؤلاء إما قبلت منهم ما قالوا، وإما رددتهم إلى مأمنهم أيضًا.

وروى ابن وهب عن مالك في قوم من العدو يخرجون بغير إذن الإمام

---

(١) سقط من أ.
(٢) انظر: «المدونة» (٣/ ٤١ ـ ٤٢) و«النوادر» (٣/ ١٢٤).
(٣) سقط من أ.
(٤) في ب: من الروم.
(٥) ساقطة من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ: ما يرى.

على ضفة البحر في أرض المسلمين فيزعمون أنهم تجار، وأن البحر لفظهم تعبًا ولا يعرف المسلمون تصديق ذلك إلا أن مراكبهم تكسرت ومعهم السلاح ويشكون العطش الشديد فينزلون للماء بغير إذن إمام المسلمين؟

قال مالك: ذلك للإمام يرى فيهم رأيه، ولا أرى لمن أخذهم فيه [خمسًا ولا دال ولا غيره] (١) ، ولا يكون الخمس إلا فيما أوجف عليه بالخيل والركاب.

ولم يبين في سؤال الملاقاة هل ذلك في بلاد الحرب أو في بلاد المسلمين، ولم يبين أيضًا في السؤال الأول في البحر هل كان معهم السلاح أم لا، ولا يبين في السؤال الثاني هل كانت معهم تجارة أم لا؛ فطاشت أحلام ذوي الألباب في تحصيل هذا الباب.

والذي يحصره ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يظهر [معهم] (٢) دليل التصديق.

والثاني: عكسه.

والثالث: أن يجهل أمرهم.

فالجواب عن الوجه الأول: وهو أن يؤخذوا ومعهم دلائل التصديق؛ مثل أن يلقى [العلج] (٣) يدعي أنه رسول بعث لأمر بين المسلمين والروم، ومعه مكاتبة [بعثه بها الأمير] (٤) ، أو قال: جئت للفداء، وله في بلاد المسلمين ما يفدي، أو له في بلاد المسلمين قرابة: فإنه يقبل قوله.

وكذلك من وجد منهم على السواحل وزعموا أنهم تجار ومعهم التجارة

---

(١) في ب: لمن أخذهم فيه خمس ولا غيرهم.

(٢) في أ : عليهم .

(٣) في الأصل: العجل.

(٤) سقط من أ.

التي [من] (١) العادة السفر بها إلى بلاد المسلمين: يصدقون ولا يستباحون.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا ظهر منهم دليل التكذيب؛ مثل أن يدعي أنه رسول، ولا مكاتبة معه وليس مثله يُرْسَل، أو لم يكن له من يفديه ولا قرابة [له] (٢) في بلاد المسلمين، أو لم تكن عادته السفر إليها أول لا متاجر معهم ومعهم السلاح: فهم فيء ويرى فيهم الإمام رأيه.

والجواب عن الوجه الثالث: إذا أشكل أمرهم وجهلت حالتهم، ولا ظهرت معهم دلائل التصديق ولا دلائل التكذيب: فلا يخلو العلج من أن يؤخذ ببلاد العدو، أو في بلاد الإسلام.

فإن أخذ ببلاد الكفار وهو مقبل إلينا، فقال: جئت أطلب الأمان، هل يقبل قوله أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا يستباح ويرد إلى مأمنه، ولا يكون فيئًا، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنه يكون فيئًا [ويستباح ولا يقبل قوله] (٣) وهو قول أشهب في «مدونته».

فوجه قول مالك: بأن ذلك أمر مشكوك فيه فلا [يستباح] (٤) إلا بيقين، والترك أحسن.

---

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: يقبل عليه.

ووجه قول أشهب: أن هذا مشرك أخذ بوجه غلبة بلا عهد [ولا أمان][(١)] فيجوز استرقاقه؛ كما لو أخذ في المعترك.

وإن أخذ بعد أن دخل بلاد الإسلام: فاختلف فيه المذهب على قولين:

أحدهما: أنه يكون [فيئًا] [(٢)] ويرى فيه الإمام رأيه إلا أن يكون جاسوسًا فيقتل سواء أخذ بحدثان قدومه أو بعد طول، وهو قول سحنون.

والثاني: التفصيل بين أن يؤخذ بفور قدومه: فيرد إلى مأمنه.

وإن أخذ بعد طول مكثه في البلد ولم يشعر به: فهو فيء، ويرى فيه الإمام رأيه ولا يكون لمن [وجده] [(٣)] ، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في «العتبية» [(٤)] .

ومعنى قوله: (يرى [فيه] [(٥)] الإمام رأيه): بأن يخير فيه كما يخير في الأساري.

وقول سحنون في هذه المسألة كقول أشهب في التي [قبلها] [(٦)] والتوجيه واحد.

وتفريق ابن القاسم بين القرب والبعد: أنه إذا كان بالقرب كان كالأول، وإذا كان بالبعد كان دليلاً على تكذيبه.

وهكذا الحكم في أهل المراكب أيضًا إذا أشكل علينا أمرهم، وهم ممن يختلف إلينا بالتجارة، ولم يدر أكانت [معهم] [(٧)] متاجر أم لا؟ أو كانت

(١) سقط من أ.

(٢) ساقطة من أ.

(٣) في أ: أخذه.

(٤) البيان والتحصيل (٢/ ٦٠٣).

(٥) ساقطة من الأصل.

(٦) في أ: فوقها.

(٧) سقط من أ.

معهم متاجر وخيف أن [يظهروا بالتجارة] [١] خديعة ومكرًا واصطيادًا لغفلة المسلمين، وهذا مما يجري فيه قولان أيضًا، والصحيح من الأقوال أن المسلمين إذا استنكروا أحوال من قدم إليهم من البحر بتجارة من أهل الحرب وتوجس في قلوبهم الخوف منهم، ولا سيما [إن كان] [٢] نزولهم في موضع [يستضعفونه] [٣] من بلاد الإسلام: أن الإمام يرى فيهم رأيه، ولا ينبغي للمسلمين أن يقبلوا لهم قولاً؛ لأن ذلك أخذ بالحزم في حماية [بيضة][٤] الإسلام.

وقول يحيى بن سعيد وربيعة في المدونة وفاق للمذهب وقول ربيعة هو نص قول سحنون في كتاب ابنه فإذا نزلوا بأمان فباعوا واشتروا [ثم انصرفوا راجعين إلى بلادهم] [٥] ، فهل لهم الأمان حتى يردوا بلادهم [أو حتى يقربوا مأمنهم؟ فالمذهب على قولين قائمين من المدونة أحدهما: أن لهم الأمان حتى يردوا بلادهم] [٦] وهو نص «المدونة».

والثاني: أن لهم الأمان حتى يقربوا [بلادهم] [٧] ويبعدوا من بلاد الإسلام، فمن أخذهم [حينئذ] [٨] من المسلمين من أهل مملكة السلطان الذي أمنهم، أو من غير أهل مملكته: فهم حلال له، وعليه فيهم الخمس.

وهو قول عبد الملك في «الواضحة» وظاهر «المدونة» في الحربى إذا أخذ

---

(١) في أ: يظهروها.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ب: يستطلعونه.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.
(٨) في ب: ساعتئذ.

ببلاد الإسلام [بوجه] [١] مشكل؛ حيث قال: «يرد إلى مأمنه»، ولم يقل حتى يصل إلى بلاده، فإن رجعوا بعد بلوغهم مأمنهم اختيارًا أو اضطرارًا، هل يستباحون أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنهم حِلٌّ لمن أخذهم، وهو قول [ق / ١٠٨أ] عبد الملك[٢].

والثاني: أنهم لا يكونون فيئًا، والإمام يرى فيهم رأيه إن شاء أنزلهم وإن شاء ردهم، وهم على مأمنهم حتى يصلوا بلادهم.

وهو ظاهر قول مالك في المدونة على إحدى الروايتين أن لهم الأمان ما داموا في بحرهم بالباء، وفي رواية أخرى: ما داموا في تجرهم بالتاء فوقها نقطتين.

والثالث: التفصيل بين أن يرجعوا مغلوبين أو مختارين. فإن رجعوا مغلوبين: كان الإمام فيهم مخيرًا.

وإن رجعوا مختارين: فهم [على] [٣] حل، وهو ظاهر المدونة أيضًا لأنهم إن رجعوا غلبة كانوا على الأمان الأول، وإن رجعوا اختيارًا [كانوا][٤] كابتداء سفر [آخر فلا يدخلون إلا بأمان][٥]، فإذا رجعوا ووقعوا عند غير الإمام الذي أمنهم، هل يستباحون أو يستصحب معهم ذلك الأمان حيث ما حلوا في بلاد المسلمين؟

---

(١) في ب: فهذا أمر.
(٢) النوادر (٣/ ١٢٧).
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: كان.
(٥) سقط من أ.

[فالمذهب على قولين:

أحـدهمـا: أنهم على ذلك الأمان الذي أمنـهم حيث ما حلوا في بلاد المسلـمين] [١] ما داموا في تجرهم أو في بحرهم، على اختلاف الروايتين، وهو نص المدونة.

والثاني: أنهم لا أمان لهم من غير ذلك السلطان.

سواء وقعوا عنده أو لقيهم في البـحر بقرب أو بعد وهو قول عبد الملك في «الواضحة».

فوجه قول ابن القاسم: أنهم على الأمان [الأول] [٢] ما داموا في بلاد الإسلام؛ لقوله عليه السلام: «**يجير على المسلمين أدناهم**» [٣] .

فإذا كان أمان العبد والمـرأة والصبي [المراهق] [٤] [يحـصن] [٥] دم الكفار ويمنع مـن [استحلاله][٦]، فما ظنك بأمان الـسلطان الذي له الأمر والنـهي والحـل والعـقد ، وكـان أمانه لازمًـا لجمـيع الأنـام لاتحاد حـرمة [الإسلام] [٧] وسنة الله في أرضه واحدة، ولن تجد لسنة الله تبديلاً.

وعبد المـلك يرى أن نظر هذا السلطان لا يـلزم غيره من السلاطين؛ إذ كل واحد مستقل بأمره ومشتغل بمصالـح دولته وينسج بحسن نظره في حله وعقده، وعلـى الاستقلال عقدت له الـولاية وسلمت له الريـاسة، وكيف يرجع إلى رأى غيره، ويعتد بالعقد الـذي عقد غيره، ولكل وجه من النظر [والأول أظهر والله أعلم والحمد لله وحده] [٨] .

(١) سقط من ب. (٢) سقط من أ.
(٣) أخرجه أبو داود (٢٧٥١) وابن ماجه (٢٦٨٥) وأحمد (٦٧٥٨). وهو حديث صحيح.
(٤) سقط من أ. (٥) في ب: يحقن.
(٦) في ب: استباحته.
(٧) في أ: الإمام. (٨) سقط من أ.

المسألة الخامسة

فيما يوجد من الغنائم من أمـوال المسلمين وأموال أهل الذمة وما يوجد فيها من أحرار المسلمين وأحرار أهل الذمة [١].

ولا يخلو ذلك المال من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يعلم أنه لمسلم بعينه.

الثاني: أنه لمسلم مجهول العين والموضع.

والثالث: أنه لا يدري هل هو لمسلم أم لا ؟

فالجواب عن الوجه الأول: [إذا علم أنه لمسلم بعينه. فلا يخلو من أن يكون حاضرًا أو غائبًا.

فإن كان حاضرًا دفع إليه بغير عـوض. وإن كان غائبًا فلا يخلو من أن يكون مما يحتاج نقله إلى كلفة ومؤنة أم لا؟.

فإن كان مما يحتاج إلى كلفة ومؤنة وربما يأتي الكراء على كثير من ثمنه فإن الإمام يبيعه ويبعث إليه ثمنه إن كان ذلك الشيء مما يجوز بيعه.

وإن كان لا يحتاج فيـه إلى كلفة وكان الكراء عليه أفضـل لصاحبه فإن الإمام يكـرى عليه ويوصلـه إلى ربه إلا ألاّ يوجد مـن يتكلف ذلك فـيباع ويبعث إليه بثمنه] [٢].

وأما الوجه الـثاني: إذا عرف أنه لمسلم لا يعرف بعينه ولا يعلم موضعه هل يتعجل قسمتـه أم لا؟. فالمذهب على قولين: **أحدهـما:** أنه يقسم ولا يوقف وهو نص مالك في كتاب الجهاد من المدونة[٣].

---

(١) انظر: «المدونة» (٣/ ١٢).

(٢) سقط من أ، جـ.

(٣) (٣/ ١٣).

والثاني: لا يقسم ويوقف كاللقطة توجد أو كالضالة توقف لرجاء معرفة [ربها][1].

فإن لم يعرف بيع ويصير مغنمًا وهو قول ابن المواز وهو ظاهر المدونة في «كتاب اللقطة».

وينبني الخلاف: على الخلاف في الخلاف هل يراعى أو لا يراعى؟ فمن رأى أنه يراعى قال: إنه يقسم؛ لأن الأوزاعي [ـ رضي الله عنه ـ] [2] يقول: يقسم وإن عرف صاحبه وكان حاضرًا.

ومن قال بالاستثناء فقد لاحظ جانبين جانب الخلاف وجانب اللقطة.

وينبني الخلاف فيه أيضًا على الخلاف فيما حازه المشركون من أموال المسلمين هل يقطع ملك المسلمين أم لا؟

وقد اضطرب فيه المذهب عندنا؛ فمرة قال ـ أعني صاحب المذهب ـ لا يقطع الملك، وأنه إن أدرك شيئه قبل القسمة فهو أحق به بغير شيء.

وإن أدركه بعد القسمة فهو أحق به بالثمن ما لم يفوته المشتري على ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

والذي يقتضيه النظر: أن يكون أحق به بغير ثمن، سواء أدركه قبل القسمة أو بعدها لولا الحديث وما اشتهر من ناقة رسول الله ـ ﷺ ـ التي أخذها المشركون في سرح المدينة يدل على أن استيلاء المشركين لا يقطع ملك المسلمين، لأن استيلاءهم [ق / ٥٥ ب] محظور، وأسباب المحظورات لا [تترك] [3] عليها أحكام الشريعة، وهذا نص المدونة

---

(١) في ب: صاحبها.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: تتركب.

وغيرها.

ومرة قال: إن استيلاءهم يقطع الملك، وهو ظاهر قوله في «المدونة»[١]: (إذا أسلم [الحربى] [٢] ببلده ثم قدم إلينا وخلف أهله و [ولده] [٣] في دار الحرب، ثم غار المسلمون على تلك الدار فغنموا أهله وماله وولده: أن ذلك كله يكون فيئًا).

وهذا فيه بناء على أن حوز المشركين يقطع الملك، فإذا جعل حوز الدار [يقطع الملك] [٤] فبأن يقطعه حوز أهل الدار أولى وأحرى، وهذا ظاهر لمن أنصف وتأمل وصفًا كما وصف.

والجواب عن [الوجه] [٥] الثالث: إذا جعل حاله ولا يدري هل هو [ق/ ٩١ جـ] لمسلم أم لا؟ فهذا لا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أنه يجوز الإقدام على قسمته.

فإذا قسمت الغنيمة، ثم جاء من يستحق منها شيئًا بعد القسمة: فلا يخلو المُسْتَحَق منها من أن يكون عروضًا، أو حيوانًا ناطقًا أو صامتًا.

فإن كان عروضًا، أو حيوانًا صامتًا: فلا يخلو من أن يكون قائمًا بيده أو فائتًا ببيع.

فإن كان قائمًا بيده: فالخيار لربه إن شاء أخذه بالثمن الذي أخذه به [من الغنيمة][٦] ـ شاء مشتريه أو أبى ، كان من أهل المغنم أو من غيرهم ـ وإن

---

(١) (٤/ ٣٠٤).

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: ماله.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ.

شاء تركه [وسلمه] [١] لمن أخذه من المغنم.

فإن فوته ببيع؟ هل يبقى الخيار لمستحقه في نقض البيع وأخذه بالثمن أم لا؟

فالمذهب على قولين منصوصين في «المدونة»:

أحدهما: أن ذلك فوت وليس له إلى فسخ البيع الثاني سبيل، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» [٢] فيما إذا اشتراه من أرض الحرب ثم باعه لغيره بعد قدومه به، أو قتل ثم استحقه [مالكه] [٣] أنه لا يأخذه [من][٤] الثاني.

ولا فرق بين أن يشتريه من دار الحرب أو من المغنم، ثم للمستحق أن يأخذ الزائد من المشتري الأول إن باعه بربح.

وإن باعه بوضيعة أو بمثل الثمن: فلا درك للمستحق عليه.

و[القول] [٥] الثاني: أن بيعه لا يكون فوتًا وإن تداولته الأملاك لأنه مستحق [له] [٦] على الحقيقة وإن كان يدفع الثمن وهو قول المغيرة في المدونة أيضًا.

وعلى القول بأن البيع الثاني لا يفيت الأول ويبقى الخيار لمستحقه هل له الخيار في أن يأخذ [أي] الثمنين شاء أو لا خيار له في الثمن الآخر؟ قولان قائمان من المدونة.

---

(١) في أ: وسلم.
(٢) (٣/ ١٤).
(٣) في ب: سيده.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

أحدهما: أنه مخير في أن يأخذ أي الثمنين شاء ـ الأول أو الثاني ـ كالشفعة، وهو ظاهر قول المغيرة في كتاب «الجهاد».

وقول ابن القاسم في كتاب «الشفعة» في تخيير الشفيع بأن يأخذ أيّ الصفقتين شاء، وهو بيع جبري مضارع للاستحقاق.

واستحقاق ما وقع في المقاسم استحقاق على الحقيقة لبقائه على ملك المستحق وإن كان يؤدي [فيه] [١] الثمن فإن ذلك قضية من الشارع.

و [**القول**] [٢] **الثاني**: أنه لا يأخذه إلا بالثمن الأول الذي بيع به في المقاسم؛ لأنه إذا جاز بيعه وأراد أخذه من المشتري الثاني سقط حقه فيه بإجازة البيع الأول بخلاف الشفعة، لأنه إذا أسلم فيه إحدى الصفقتين بعينها كان له الأخذ بالباقية لأنه شريك في الجميع.

والقولان لابن القاسم في كتاب ابن حبيب وغيره، وبالقول الثاني أخذ سحنون.

واختلف إذا علم أنه لرجل من المسلمين بعينه، فجهل الإمام [موضعه][٣] فوضعه في المقاسم، أو تأول، أو تعمد فبيع ثم جاء ربه هل يأخذه بغير [ثمن] [٤] أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يأخذ [عين] [٥] شيئه بغير ثمن كما لو أدركه قبل القسم، ويرجع مشتريه في المقاسم إن أدركها. وهو قول ابن القاسم في

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ب: شيء.
(٥) سقط من أ.

كتاب ابن سحنون.

والثاني: أنه لا يأخذه إلا بالثمن، وهي قضيته من الحاكم وافقت اختلافًا من الناس، فقد قال الأوزاعي: إنه يقسم وإن [عرف] [١] ربه ولا يأخذه إلا بالثمن، وهو قول سحنون.

وإن كان المستحق دنانير أو دراهم: فلا سبيل [لصاحبها] [٢] إليها بعد القسم لأنه لا يأخذها إلا [بثمنها] [٣] وإن كان حيوانًا ناطقًا؛ مثل العبيد يُستحقون بعد القسم: فلا يخلو السيد المستحق من أن يكون عقد فيهم عقدًا من عقود الحرية قبل الأسر أم لا؟

فإن عقد فيهم عقدًا من كتابة، أو عتق إلى أجل، أو تدبيرًا، أو إيلادًا إن كانت أمة. [أما الكتابة] [٤] فلا يخلو المكاتب من أن يعرف أنه مكاتب ولا يعرف ربه بعينه، أو لا يعرف ربه إلا بعد القسم.

فإن عرف أنه مكاتب قبل القسم؛ مثل أن يشهد شاهدان على شهادة غيرهما ممن يجوز له النقل عنهما أن مولاه كاتبه فلم يسألاه عن اسمه، أو قالا: ذكره لنا فنسيناه: فإن كتابته تباع في القسم ، فإن جاء ربه: كان له [الخيار بين] [٥] الفداء أو التسليم.

ولا تجوز فيه شهادة السماع وإن لم يعرف إلا بعد القسم ثم جاء سيده [بما يستحقه][٦]: فقد اختلف المذهب في [كيفية] [٧] تخيير [السيد في

(١) في أ: عرفه.
(٢) في أ: له.
(٣) في أ: بمثلها.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.

الفداء أو][1] التسليم على ثلاثة أقوال:

أحـدهـا: أنه ينظر إلى المكاتب أولاً، فإن قـدر على غرم ما بيع به في المقاسم ويعود مكاتبًا إلى سيده فعل، وإلا فقد عجز، ويخيره بين أن يسلمه عبدًا أو يفديه بما ذكرنا [كالجناية] [2] وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن سحنون، وهو ظاهر قوله في كتاب الجنايات من «المدونة».

والثـاني: أنه يبدأ بالسيد؛ فإن فداه: بقـى له مكاتبًا، وإن أسلمه: قيل للمكاتب أما أديت صرت فيه لهذا، وتمضي على كتابتك.

وإن لم يقدر: فهو كمكاتب عليه دين فأفلس به: فإنه يعجز، وهو قول ابن سحنون.

والـثالـث: أنه يخير سيده بين أن يفديه بالـثمن ويبقى مكاتبًا له، وإلا أسلمه فـصار عند مبتاعـه مكاتبًا إن عجـز فهو رق له، وإن [أدى] [3] : عتق، وكان ولاؤه لعاقد الكتابة.

والقولان لسحنون في كتاب ابنه، على ما نقل الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في «النوادر» [4].

وكذلك لو فداه رجل من دار الحرب أو ابتاعه منه فهو ـ كما ذكرنا ـ إذا وقع في المقاسم على قول ابن القاسم، واختلاف قول سحنون.

وأما المدبر إذا علم أنه مدبر بما يعلم به المكاتب: فلا يقسم.

فإن لم يعلـم أنه مدبر حتى قسم أو فداه رجل مـن دار الحرب: فسيده مخير بين أن [ق/ ١٠٩أ] يفديه بما وقع بـه في المقاسم أو ما اشتراه به من

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: في الجناية.

(٣) في أ: فدى.

(٤) انظر: «النوادر» (٣/ ١٤٤).

دار الحرب، أو يسلمه.

فإن فداه السيد : استخدمه حتى يموت السيد أو يعتق من ثلثه ولا يتبع بشيء [مما] (١) فداه وإن مات السيد من فوره؛ لأنه إنما أفدى الخدمة لا الرقبة [كجناية] (٢) سواء.

وإن أسلم السيد خدمته إلى الذي فداه: فإنه يستخدمه بما فداه به، فإن استوفى والسيد حي : رجع إليه، وإن مات [السيد قبل أن يستوفي](٣) والثلث يحمله: فإنه يخرج حرًا.

وهل يتبع بما بقى عليه مما فدى به أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يتبع به جملة سواء اشتراه من المغنم أو من أهل الحرب.

وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن سحنون.

[**والثاني**: أنه لا يتبع بشيء مما بقى عليه وهو نص ابن القاسم في المعتق إلى أجل والمدبر مثله ـ قال بعضهم: وهو أصل قول مالك وهو رأيه برواية أبي زيد بن أبي العمر عن ابن القاسم في «ثمانيته»] (٤).

والثالث: التفصيل بين أن يشتريه من [المقاسم] (٥) [أو من أرض الحرب. فإن اشتراه من المقاسم] (٦) فلا يتبعه بشيء [كالحر](٧)، وإن

---

(١) في ب: من.
(٢) في ب: كجنايته.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ. والمثبت من ب.
(٥) في ب: المغنم.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.

اشتراه من [أهل] (١) الحرب: أتبعه بما بقى [عليه] (٢) مما فداه به.

وهو قول عبد الملك في «الموازية» و «الواضحة».

وهذا كله إذا حمله الثلث كله، وإن [لم] (٣) يحمله الثلث كله: فالحكم فيما حمله الثلث كالحكم إذا حمل جميعه.

وسبب الخلاف: هل يقاس ما فدى به على الجناية أم لا؟

فمن جوز القياس قال: يتبع؛ لأنه مجبور على الإخدام في كلا الموضعين.

ومن منع القياس فرق بين الحالتين؛ وذلك أن الجناية من فعل نفسه، والشارع يقول: العبد فيما جنى، فكان الأصل يقتضي أن يكون العبد ملكًا لأهل الجناية بنفس اقترافه لهذه الجناية [لكن الشارح] (٤) لاحظ حق السيد وجعل له الخيار بين الفداء أو التسليم، وقدم حقه على حق [أولياء] (٥) الجناية فيما لم تكن جناية عمد فيها بنفسه على ما سنوضحه في كتاب الجنايات إن شاء الله تعالى.

وأما المعتق إلى أجل يشتري من المغنم أو من أرض العدو: فالكلام فيه كالكلام في المدبر سواء.

فإن علم أنه معتق إلى أجل: وقفت خدمته لسيده ولا تدخل في المقاسم.

وإن لم يعلم حتى قسم ثم جاء سيده واستحقه: فله الخيار بين أن يفديه

---

(١) في ب: أرض.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ب: أهل.

أو يسلمه.

فإن فداه: اختدمه حتى يحل الأجل ثم يخرج حرًا، ولا يتبع بشيء اتفاقًا.

وإن أسلمه إلى الذي اشتراه من المقاسم أو من العدو: فإنه يختدمه حتى يحل الأجل، فإذا حل الأجل فينظر، فإن استوفى من الخدمة ما اشتراه به: خرج حرًا ولا يتبع بشيء اتفاقًا.

وإن حل الأجل ولم يستوف، هل يتبعه بما بقي له أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال على حسب ما حكيناه في المدبر هل يتبع أو لا يتبع، والتفصيل بين أن يُشترى من المغنم أو من دار الحرب.

فلو أعتقه من صار في سهمه: فلا يخلو من أن يكون عالمًا أو لا.

فإن أعتقه ولم يعلم بأنه معتق [إلى أجل لم يجز عتقه. وإن أعتقه وقد علم بأنه معتق إلى أجل فهل يمضي عتقه أم لا؟.

فالمذهب على قولين: **أحدهما:**] (١) : أن عتقه لا يجوز ويبقى على حاله جملة، وهو قول حكاه ابن سحنون عن بعض أهل المذهب.

والثاني: التفصيل بين أن يكون ما اشتراه به أكثر من قيمة خدمته: فيمضي عتقه، أو يكون أقل: فلا [يجوز] (٢) عتقه، وهو قول سحنون في كتاب ابنه. وقد سكت عن المثل ولم يذكر حكمه إذا كان ما اشتراه به مثل قيمة الخدمة، والذي يوجب النظر على مقتضى مذهبه: ألا يجوز عتقه أيضًا ولا ينفذ؛ لأن العلة التي اعتبرناها معدومة في هذا الوجه كما هي معدومة إذا كان أقل؛ لأنه إذا كان ما اشتراه به أكثر من قيمة الخدمة فكأنه ملك من

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: يجزئ.

رقبة العبد القدر الزائد على الخدمة، والله أعلم.

وأما الإيلاد: فإذا غنم المشركون أمّ ولد لرجل: فلا يخلو من أن [يغنموها] (١) بعد الإيلاد، أو بعد الوطء وقبل الإيلاد.

فإن غنموها بعد الإيلاد ثم اشتراها رجل من الغنائم أو من أهل الحرب: فلا خلاف أن سيدها مجبور على الفداء، وإن كان [مالك] قد قال في «الموطأ» : (إن السلطان يفتديها له، وذلك مع العدل وصلاح الحال؛ لأن أمّ الولد معدة للاستمتاع وفراش للوقاع فأشبهت الحرائر [اللواتي] (٢) يجب على السلطان فداؤهن وسائر أحرار المسلمين من بيت المال فجعل مالك السلطان يبدى على السيد في الفداء وإن كان مليًا.

وإنما اختلف أصحاب مالك هل يعيدها بالثمن ما بلغ [أو بالأقل على قولين قائمين من المدونة: **أحدهما** : أن على السيد أن يفديها بالثمن الذي أخذها به] (٣) وإن كان أكثر من القيمة، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة»، ونص روايته [عن مالك] (٤) في كتاب ابن سحنون وكتاب ابن المواز.

والثاني: أن على السيد الأقل من قيمتها أو الثمن الذي أخذها به [المشتري](٥)، وهو قول أشهب والمغيرة وعبد الملك في الكتابين المذكورين.

ويؤخذ [هذا القول] (٦) لابن القاسم من «المدونة» في «كتاب

---

(١) في أ: يغنمها.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ .
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

الجنايـة»[١] في جناية أم الـولد حيث قال: أحسن ما سمعـت في جناية أم الولد أن سيدها يفديها بالأقل من قيمتها أو من أرش جنايتها، فإذا كان عليه الأقل في الجنـاية التي هي فعلـها، فبأن يكون علـيه في فدائها من الـغنائم أولى [وأحرى][٢].

فوجه القول باعتبار الثمن ما بلغ في الفداء، أما إن أمرناه بدفع الأقل، و [تكون] [٣] القيمة هي الأقل أدى ذلك إلى الإضرار بالمشتري من كون المشتـري أخذ من يده بدون الـثمن الذي دفـع فيه فصار مـضارًا [من] [٤] الوجهين بخلاف الجناية لأنه إذا أخذ [فيه] [٥] الأرش وكان هو الأقل: لم يظلم لكونه أخذ أرش جنايته.

فإن أخذ القيمة وكانت هي الأقل: لم يظلم [أيضًا] [٦] لكونها عوضًا من عين أم الولد؛ إذ لا يجوز إسلامها [فيما جنت] [٧].

ووجه القول الثـاني: ما أشرنا إليه من بـاب [الأولوية والأخروية] [٨] أن الذي يقتضيه الـدليل في فصل الأسر أن يأخذها سيدهـا بلا ثمن؛ جريًا على سنن الاستحقاق، ومتى عهد في الشريعة أن من استحق عين شيئه وقد أخذ من ملكه بغير اختياره أنه لا يأخذه حتى يؤدي [فيه] [٩] ثمنًا، ولولا ما أحكمته السنة وأوجبته الشريعة المحـمدية فيمن أدرك شيئه بعد القسم أنه

(١) «المدونة» (١٦/ ٣٦٢).
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ب: في.
(٥) في ب: قيمة.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من ب.
(٨) في أ: الأولية.
(٩) سقط من أ.

يكون أحق به بالثمن لكان لمستحقه أن يأخذه بغير ثمن، فوجب أن يركب على كل شائبة مقتضاها.

فإن كان السيد معسرًا: فإنه يأخذها ويتبع في الذمة.

وإن مات قبل أن يحكم عليه بقيمتها [ق/ ٩٢ جـ]: فإنها تخرج حرة ولا شيء عليها [ولا على الورثة. أما هي فلا شيء عليها] [١] لأن ذلك ليس من فعلها بخلاف الجناية التي هي فعلها، والورثة لا شيء عليهم لأنهم يؤدون عما لا ينتفعون به.

فرع: ولو صارت في سهم رجل بمائتي [درهم] [٢] ، ثم سبيت ثانية [فَتُغْنَم][٣] فيصير في سهم آخر بمائة، ثم سبيت ثالثة فَتُغْنَم فتصير في سهم آخر بخمسين [فسيدها] [٤] أولى [بها] [٥] يأخذها بالأكثر، وهو مائتان؛ يأخذ [منها] [٦] من هي في يده خمسين، والذي قبله مائة، وما بقى فللأول وهو ثالثهم الذي وقعت في سهمه أولاً.

ولو كانت في سهم الأول بخمسين والثاني بمائة والثالث بمائتين: أخذها السيد من الثالث بمائتين، وسقط الأول، والثاني، وهو قول سحنون في كتاب ابنه.

واختلف قوله: إذا كانت أمته غير أمّ ولد؛ [فمرة قال] [٧] فالذي فداها آخرًا بخمسين أحق بها، والثاني [فداها] [٨] منه بخمسين، ثم

(١) سقط من أ.
(٢) في ب: دينار.
(٣) في ب: ثم غنمت.
(٤) في الأصل: فسيده.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.
(٨) في ب: فُديت.

[كان][1] للأول أن يفديها بمائة [دون سيدها][2]، ثم لسيدها فداؤها من هذا ـ وهو الأول ـ بمائتين فقط.

ولو أسلمها الأولان إلى الثالث لكان لربها [فداؤها منه بخمسين][3].

ثم رجع عما قال في الأمَة؛ فقال: حكمها حكم [أم] [4] الولد، فلو أعتقها من صارت في سهمه: فلا يخلو من أحد وجهين:

إما أن يعلم أنها أم ولد لمسلم، أم لا.

فإن علم أنها أم ولد [لمسلم فذلك وضعٌ] [5] للقيمة عن السيد، ولسيدها أخذها منه [بلا ثمن] [6] ويبطل العتق.

فإن لم يعلم: فعلى سيدها غرم ما فداها به ويبطل العتق.

ولو أولدها الذي فداها من المغنم: لأخذها سيدها بالثمن ورجع على المشتري بقيمة الولد.

وأما الوجه الثاني: إذا سبيت بعد الوطء ثم غُنمت ومعها ولد: فلا يخلو من أن توطأ بدار الحرب بعد السبى، أم لا.

فإن لم توطأ بدار الحرب، وادْعت أن الولد من وطء سيدها: فلا يخلو السيد من أن يدْعي الاستبراء، أو لا يدعيه.

فإن ادَّعى الاستبراء: لم تلحق به أم الولد، ويأخذها السيد بما وقعت به في المقاسم. وهل يأخذ الولد [معها] [7] أم لا؟

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

(٦) في أ: بثلاثين.

(٧) سقط من أ.

على قولين:

أحدهما: أنه يأخذ الولد [معها] [١] ، وهو قول ابن القاسم على ما حكاه [عنه] [٢] سحنون في كتاب ابنه.

والثاني: أن الولد فيء ويخير في فدائها متى أن بيعت وتباع مع ولدها [لمالك واحد] [٣] ، وهو قول أشهب.

فإن لم يَدَّعِ الاستبراء، وثبت أنها ولدته منه: فإن الولد به لاحق ونسبه منه ثابت ويأخذهما بعد القسم بالثمن وقبله بغير ثمن، ويجبر على أن يفديهما.

وقال أشهب: لا شيء عليه في الولد؛ لأنه حر لا فائدة فيه في المقاسم بخلاف مفاداته من العدو، وهو قول أشهب [على] [٤] قول سحنون، والله أعلم.

فإن وطئت بعد السبى ثم ولد: فلا تخلو من أن يغنمها المسلمون أو يقدم بها الواطئ و [أسلم] [٥] عليها.

فإن غنمها المسلمون ثم أفداها سيدها ومعها ولد، فإن ثبت أنه وطئها بعد أمد يكون فيه استبراء أو جهل وثبت الوطء : فالولد غير لاحق بالسيد ويكون فيئًا من جملة الغنيمة.

وإن قدم بها الواطئ [فأسلم عليها، فإن ثبت أن الكافر وطئها بعد زمان يكون في مثله الاستبراء: لحق الولد به، والأمة أمّ ولده.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: موافق.

(٥) في ب: يسلم.

فإن وطئها في طهر [واحد] [١] فوضعت بما يشبه أن يكون من وطئهما جميعًا: دُعى له القافة [٢] ، فإن ألحقوه بالمسلم لحق به، وجرى فيها حكم أمِّ الولد، وإن ألحقوه بالحربى: لحق به، ولا شيء عليه فيها؛ كمن أسلم على عبد بيده لمسلم: فإنه يكون له، ولا شيء عليه فيه. فإن قالت القافة: اشتركا فيه: فقولان:

أحدهما: أنهما شريكان فيه، ويوالي [إذا كبر] [٣] أيهما شاء. قول ابن القاسم في المدونة وغيرها.

والثاني: أنه يدعي إلى قافة [[غيرها][٤]][٥] [أبدًا][٦] حتى تلحقه بواحد، وهو قول عبد الملك في كتاب ابن سحنون.

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم:

إذا لم يعقد فيهم عقدًا من عقود الحرية حتى أسرهم العدو ورقوا إليهم ثم غنمهم المسلمون [فوقفوا] [٧] في المقاسم: فلا يخلو من أن يدركهم [ق/ ١١٠أ] سيدهم قبل الفوت أو بعد الفوت.

فإن أدركهم قبل أن يفوتهم من صاروا في سهمه: فلا يخلو من أن يكونوا سبوا مرة واحدة، أو مرارًا [مثل أن يسبى عبد لمسلم ثم غنم ثم سبى][٨].

---

(١) سقط من أ.
(٢) القائف: الذي يعرف الآثار، والجمع القافة، «لسان العرب» (٩/ ٢٩٣).
(٣) سقط من أ.
(٤) في الأصل: غيره.
(٥) في ب: غير هؤلاء.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ: فيوقفون.
(٨) سقط من أ.

فإن أسبوا مرة واحدة: فسيدهم بالخيار بين أن يفديهم بالثمن الذي أخذوا به، أو يسلمهم. فإن سبوا مراراً؛ مثل أن يسبى عبد [الرجل] (١)، ثم غنمه المسلمون فصار في سهم رجل، ثم سباه المشركون ثانية فتداولته الأملاك بالسبى والفكاك، فليس لأحد [فيه] (٢) مقال [إلا] (٣) الذي يسبى منه أولاً و [لا شيء] (٤) للذي [يسبى] (٥) منه آخراً، إلا أن الذي يسبى، منه آخراً أحق به من الأول إذا دفع إلى الذي من هو في يديه ما أخذه به من المقاسم.

فإن أخذه: فربه الأول مخير؛ إن شاء أخذه بما وقع به في المقسم الثاني لا بما وقع في الأول؛ لأنه جاء ملك ثان أملك به من الأول، وهي رواية سحنون عن ابن القاسم في «العتبية»؛ مثل أن يبتاع رجل عبداً من المغانم بمائة دينار، [فلم] (٦) يعرف ربه حتى يسبى ثانية، فاشتراه رجل بخمسين، ثم قدم ربه: فالكلام له [ولا يدري من سبى منه آخراً غير أن] (٧) الذي يسبى منه آخراً مقدم على الأول، ويأخذه إذا دفع إلى من هو في يديه ما وقع به في المقاسم، وهي خمسون، ثم إن شاء الأول الذي سبى منه أولاً أن يأخذه من المشتري الأول الذي فداه بخمسين من الثاني، فلا يأخذه حتى يعطيه مائة وخمسين؛ المائة: للذي اشتراه هو به من المغنم الأول، والخمسين: للذي فداه من الذي اشتراه من المغنم الثاني، إلا أن يشاء المالك الأول أن يدفع المائة للمشتري الأول، وخمسين للثاني فيأخذه بمائة وخمسين

---

(١) في ب: لمسلم.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في ب: سبى.
(٦) في ب: ولم.
(٧) سقط من أ.

كان ذلك له وإن أسلمه الأول إلى الثاني، [كان] [١] للمالك الأول أن يأخذه من الثاني بخمسين، وهكذا قال ابن المواز في كتابه.

ولو ابتاعه الأول من المغنم بمائة ثم ابتاعه الثاني بخمسين من المغنم الثاني، ثم سبى [ق/ ٥٦ ب] ثالثة فغنم فابتاعه آخر بعشرة، ثم قام ربه الآخر: أن سيده الأول مقدم إن شاء فداه بأكثر الأثمان - وهو مائة - فيدفع عشرة للثالث، وخمسين للثاني وأربعين للأول.

ولو كان البيع بعشرة، والثاني بخمسين، والثالث بمائة: فيأخذ الثالث المائة، ولا شيء لمن قبله، وهو قول أشهب في كتاب ابن سحنون.

وهذا خلاف ما قاله ابن القاسم في المسألة الأولى، وخلاف لقول سحنون فيما إذا كان [الثالث] [٢] أقلهم ثمنًا؛ وهو خمسون: أن الثاني مبدى على ربه، فيفديه منه بخمسين، ثم كان للأول أن يفديه منه بمائة دون سيده، ثم كان لسيده ما فداه من هذا، وهو الأولى بما فداه به، وهو مائتان فقط. ولو أسلمه الأولان للثالث لكان لربه أن يفديه منه بخمسين، وهذا قول سحنون في أَمَة غير أُمِّ الولد إذا سبيت.

فيتحصل على ما في الأمهات من الخلاف وجملة المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الذي اشترى منه آخرًا أحق بالفداء، سواء كان أقلهم ثمنًا، أو أكثر، وهو قول ابن القاسم في «العتبية».

والثاني: أن سيده الأول مقدم على كل حال من غير اعتبار بالمشتري الأول أن يكون أكثرهم ثمنًا، أو يكون أقلهم، وهو قول أشهب في كتاب ابن سحنون.

---

(١) في أ: لأن.

(٢) سقط من أ.

و [**القول**] (١) **الثالث**: التفصيل بين أن يكون المشتري منه آخرًا هو أقلهم ثمنًا؛ فيبدي الفداء على الأول.

وإن كان أكثرهم ثمنًا: فالأول هو المبدي .

وهو قول سحنون في كتاب ابنه.

فعلى القول بتبدئة المالك الأول اختلف بما يفديه به على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يفديه بالأكثر على الترتيب الذي ذكر أشهب.

والثاني: أنه يفديه من الذي وقع عنده آخرًا بالثمن الذي أخذه به من المقاسم، وهو قول يحيى بن يحيى في كتاب ابن سحنون.

والثالث: أنه لا يأخذه إلا بالثمنين جميعًا؛ مثل أن يُشترى من المغنم أولاً بمائة ثم سبى منه ثانية فاشترى بخمسين، فإن أراد الذي سبى منه أولاً أن يأخذه: فلا يأخذه حتى يدفع المائة للأول، والخمسين للثاني؛ وهو قول [ابن المواز] (٢) في كتابه.

ولو [سبق] (٣) في رقبة العبد جناية قبل [الأسر] (٤) ثم غنم وبيع في المقاسم، ثم جاء صاحبه فاختار الفداء، هل يفديه بالأكثر من الثمن، أو [أرش] (٥) الجناية؟ قولان:

أحدهما: أنه يفديه بالأكثر من الثمن الذي اشترى به من المغنم أو من أرش الجناية؛ فإن كان الأرش عشرين وثمنه في المقاسم عشرة: أخذ من صار له في القسمة عشرة وصاحب الجناية عشرة.

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: ابن القاسم.
(٣) في ب: تبين.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

وإن كان الثمن عشرين والجناية عشرة: أخذ من هو بيده عشرين، ولا شيء لصاحب الجناية؛ كما لو سبى ثانية وغنم ففداه ربه بالأكثر، كما تقدم لأشهب، وهذا قول سحنون في كتاب ابنه، وجعل أرش الجناية كبعض الأثمان.

و [**القول**] [١] **الثاني**: أنه إن شاء الفداء فإنه يفديه بما بيع به في المغانم، وبما في رقبته من الجناية، وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز.

فإن أسلمه المالك الأول هل يبدى المبتاع من المغنم على وليِّ الجناية، أو وليِّ الجناية هو المبدى: فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن المشتري من المغنم يقال له افده بما بيع به في المقاسم أو أسلمه؛ فإن فداه: كان رقًّا له، وإن أسلمه: كان رقًّا للذي اشتراه في المغنم، وهو قول ابن المواز.

وأما المُدَبَّر يجنى [ثم يؤسر] [٢] : فحكمه حكم العبد على ما وصف؛ وذلك أن سيده مخير في أن يفدى خدمته إما بأكثر من أرش الجناية، أو ما وقع به في المقاسم.

وإما بالأمرين جميعًا على الخلاف الذي قدمناه في فصل العبد [فإن أبي: فهل يبدى صاحب الجناية على من صار عنده من المغنم على الخلاف الذي قدمناه أيضًا] [٣] .

فعلى القول بتبدئة الجناية يقال لأهله: افدوه بما وقع به في المقاسم، فإن فدوه اختدموه بذلك أولاً، ثم بالجناية آخرًا.

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

فإن [أدى] [١] عاد مدبرًا إلى سيده.

فإن مات [السيد] [٢] : فلا يخلو من ثلاثة أوجه: إما أن يموت بعد أن أوفى العبد ما عليه .

وإما أن يموت قبل الوفاء.

[فإن مات بعد الوفاء فلا إشكال أن العبد يبرأ من الجناية. فإن حمله الثلث عتق وإلا عتق منه ما حمله الثلث وباقيه رقيق لورثته. وإن مات السيد قبل الوفاء والثلث يحمل العبد] [٣] فإنه يكون حرًا، وينظر فإن وفى جميع ما [فداه] [٤] به وبقيت الجناية أو بعضها: فإنه يتبع بما بقى من الجناية.

وإن بقى شيء مما فدى به هل يتبع العبد بما بقى من الثمن مع الجناية أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يتبع بذلك، وهو قول سحنون في كتاب ابنه.

والثاني: أنه لا يتبع بما بقى من الثمن، وهو قول عبد الملك، وهو ظاهر قول ابن القاسم في ثمانية أبي زيد؛ قياسًا على المعتق إلى أجل، فإن ابن القاسم قد نص عليه أنه لا يتبع.

والقولان متأولان على المدونة.

وإن مات [السيد] [٥] قبل الوفاء ولم يحمله الثلث: فإنه يعتق منه ما حمل الثلث، [ورق] [٦] ما بقى لأولياء الجناية، ولا خيار للورثة في فداء

---

(١) في ب: أوفى.
(٢) في ب: سيده.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: فُدِيَ.
(٥) سقط من أ.
(٦) في ب: ويرق.

ما رق منه؛ لأن موروثهم قد سلمه أولاً، ثم يقسم عليه ما بقى من الفكاك من الجناية، فيتبع الجزء المعتق بما يقع من ذلك، وهو قول سحنون.

فإن أسلمه أولياء الجناية: [أخدمه] (١) الذي صار له في السهمين في حقه، فإن وَفَّاهم والسيد حي: [أخدمه] (٢) أولياء الجناية، فإن استوفوا والسيد حي: رجع إليه وخدمه، فإن مات السيد ولم يستوف من صار له في السهمين حقه وكان الثلث يحمله: عتق وأتبع بما بقى من الفداء وأتبعه أهل الجناية بجنايتهم لأن أهل الجناية إنما أسقطوا حقهم أولاً من الجناية.

وإن لم يحمله الثلث عتق منه ما حمل الثلث ثم يقسم ما بقى بما بيع [به](٣) في المقاسم على ما رق منه وما عتق [ويتبع ما عتق منه ويبطل ما صار على الرقيق فيرق بما فيه لمن أخذه في القسم وتقسم الجناية أيضًا على ما رق منه وما عتق] (٤) فيبطل ما قابل الرق منه لأنه صار للذي فداه من المغنم وولى الجناية قد سلم حقه [منه] (٥) أولاً، ويتبع بما [بقى] (٦) على العتق منه ويبدأ بالذي وقع له في السهم ولو أدى جميع ما وقع به في المغنم والسيد [حى] (٧) فأخذه أهل الجناية ثم مات السيد قبل أن يستوفى أهل الجناية أرش جنايتهم ولم يحمله الثلث: عتق [منه ما حمل الثلث](٨)، وفض ما بقى من باقي الجناية على ما عتق منه [ق / ٩٣ جـ] ومارق منه

(١) في ب: اختدمه.
(٢) في ب: اختدمه.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ، جـ.
(٥) سقط من أ.
(٦) في ب: وقع.
(٧) سقط من أ.
(٨) سقط من أ.

على ما قدمناه، ولا خيار [للورثة] [١] في ذلك فافهم هذا التفريع، فإنها فروع بديعة انتقيتها من الأمهات وحصلتها في هذه العجالة لتكون مطالعتها تغني عن مطالعة الكتب الكبار على حسب ما [التزمناه] [٢] في خطبة الكتاب، والله أعلم .

وأما إن أدركهم سيدهم بعد أن فوتهم مشتريهم من المغنم، أو من صاروا إليه من أهل الحرب بشراء أو هبة: فلا يخلو من أن يكون فوتهم ببيع أو بعقد من عقود الحرية.

فإن فوتهم بالبيع هل [يكون] [٣] ذلك فوتا يسقط حق السيد من عين العبد أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البيع فوت، وكذلك الهبة، ويرجع المستحق على البائع بفضل الثمن إن كان فيه فضل عن الثمن الذي اشتراه به، وهو [نص] [٤] قول ابن القاسم في المدونة فيما إذا اشتراه من دار الحرب أو وُهِبَ له ثم باعه بعد قدومه أن البيع فوت، وقال فيما إذا اشتراه من المغنم فباعه من غيره أن بيعه لا يكون فوتا.

وحمل بعض المتأخرين كلام ابن القاسم على التناقض والحق كما قال.

والثاني: أن بيعه لا يكون فوتًا، لا في الهبة ولا في البيع، وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن سحنون، وهو ظاهر قوله في المدونة من المسألة التي [أوردناها] [٥] .

---

(١) في ب: لورثته.

(٢) في ب: التزمته.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: أوردنا.

والثالث: التفصيل بين البيع والهبة، وهو قول [الغير] (١) في كتاب الجهاد.

وإن فوتهم بعقد من عقود الحرية كالعتق والإيلاد والتدبير والعتق إلى أجل، فهل يكون ذلك فوتًا أم لا؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما: أن ذلك فوت [كالبيع] (٢) والهبة، وهو قول ابن القاسم في المدونة وغيرها.

والثاني: أن ذلك ليس بفوت ويبطل العتق والتدبير [ق/ ١١١ أ] والعتق إلى أجل، [فإن] (٣) كانت أمة فأولدها فهي كالمستحقة يأخذها، وقيمة الولد على الخلاف المشهور في المسألة في كتاب الاستحقاق وكتاب الغصب من المدونة، وهو قول أشهب في البيع والهبة، وهو قول ابن نافع في الهبة إذا لم يثب الموهوب له عليها، ولو أثاب عليها [لكان] (٤) كالبيع، وهذا قول أشهب وابن نافع في كتاب ابن سحنون.

وسبب الخلاف: اختلافهم في المفهوم من قوله ﷺ: «**إن أدركه بعد القسم فهو أحق بالثمن**» (٥) هل ذلك خصوص بما وقع في المقاسم خاصة دون ما اشترى من أهل الحرب وما تداولته الأملاك مما اشترى من المغانم، أو ذلك عموم في الجميع وأموال [أهل] (٦) الذمة [في جميع ما ذكرناه كأموال المسلمين. وأما ما وجد في المغانم من أحرار المسلمين وأحرار أهل

---

(١) في ب: ابن القاسم في المدونة.

(٢) في أ: في البيع. (٣) في ب: وإن.

(٤) في أ: لكانت.

(٥) أخرجه البخاري (٢٢١٣) و (٢٢١٤) و (٢٢٥٧) ومسلم (١٦٠٨).

(٦) سقط من أ.

الذمة] (١) فإنهم لا يقسمون إذا علم أنهم أحرار.

وفداؤهم على الجملة ينقسم على قسمين:

أحدهما: أن يفدوا من أيدي العدو.

والثاني: أن يفدوا من المغنم.

فإن فدوا من أيدي العدو: فلا يخلو من أن يكون بين المفتدي والذي افتداه قرابة أو لا قرابة بينهما.

فإن كانت بينهما قرابة نسب فذلك على ثلاثة أوجه:

أحدها: إن فداه وهو يعرفه وكان بغير أمره فإنه لا يرجع عليه بما فداه به كائنًا ما كان.

والثاني: إن فداه فإنه يرجع عليه بما فداه به كائنًا ما كان.

والثالث: إن فداه ولا يعرفه ولا كان بأمره. فإنه لا يرجع على من يعتق عليه بالملك ويرجع على من سباه من القرابة الذين لا يعتقون عليه.

وهذا التحصيل أحسن ما قيل في هذا الباب فعليك بحفظه تربت يداك.

وإن لم يكن بينهما قرابة نسب فلا يخلو من أن يكون بينهما قرابة سبب، أو لا سبب بينهما فإن كان بينهما قرابة سبب؛ كالزوجية، مثل أن يفدى أحد الزوجين صاحبه من أيدي العدو، وهل يرجع عليه بما فداه به أم لا؟

فلا يخلو المفدى من أن يشهد قبل الفداء بالرجوع على صاحبه بما فداه به، أم لا.

فإن أشهد عليه: فإنه يرجع عليه قولاً واحدًا.

(١) سقط من أ.

وإن لم يشهد: فلا يخلو من أن يفدى أحدهما الآخر بوكالة [منه] (١) [أو بغير وكالة](٢).

فإن كان ذلك بوكالة منه فله [اتباعه] (٣) بذلك سواء علم بالزوجية أم لا، وهي رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في «العتبية»، وبه قال ابن حبيب.

وإن فداه بغير وكالة: فلا يخلو من أن يعلم به حين الفداء، أو لا يعلم.

فإن علم: فلا يرجع عليه بشيء ولا يتبعه في [الذمة] (٤). وإن لم يعلم: فله اتباعه والرجوع عليه بثمن الفداء.

وعلى هذا التحصيل أصحاب مالك: ابن القاسم، وعبد الملك ومطرف، والمغيرة، وغيرهم.

فإن لم يكن بينهما قرابة نسب ولا سبب: فلا خلاف أنه يتبعه بما فداه به في اليسر والعسر إذا اتفقا على ذلك القدر [قل أو كثر] (٥) فداه بإذنه أو بغير إذنه وعلمه.

وإن قال: كنت قادراً على التحيل لنفس والخروج بغير شيء، ويعلم دليل قوله وصدقه: فلا يتبعه بشيء مما فداه بغير أمره وعلمه ويتبعه فيما عدا ذلك، ويكون أحق بما معه من المال في دار الحرب من غرمائه لأنه معه فدى.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: اتباع.

(٤) في ب: ذمته.

(٥) سقط من أ.

واختلف في المال الذي في دار الإسلام، هل يكون أحق به، أو يكون أسوة الغرماء؟

على قولين:

أحدهما: أنه يكون أحق به من الغرماء، وهو قول عبد الملك.

والثاني: أنه يكون أسوة الغرماء.

وينبني الخلاف: على الخلاف في الأسير إذا حاط الدين بماله، هل يقدم حقه على حق غرمائه فيفدى من ماله، أو يقدم حق غرمائه على حقه ويكون الغرماء أحق بذلك المال ويفديه الإمام من بيت المال، أو يكلف المسلمين فداءه من أموالهم وإن لم يكن هناك بيت للمال [وكان السلطان جائرًا][1]، وقد قال مالك [رحمه الله] [2] : يجب على الناس مفاداة الأسارى من أيدي العدو ولو بجميع أموالهم.

فإذا اختلف في مقدار ما [فدى] [3] به: فالقول في ذلك قول الأسير مع يمينه من غير اعتبار بالأشياء، وهو قول ابن القاسم في «العتبية» و«الموازية».

وقيل: القول قول الذي فداه لأنه هو الذي أخرجه من دار الحرب فهو كالحيازة.

وقيل: القول قول من ادّعى ما يشبه منهما.

والقولان لسحنون في كتاب ابنه، ولابن القاسم مثل قول سحنون أن القول قول المفدى مع يمينه لأنه كالرهن في يده.

---

(١) في أ: ولا السلطان.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: فداه.

وأحرار أهل الذمة في جميع ما ذكرناه كأحرار المسلمين [ولا فرق][1] سواء.

واختلف فيما إذا نودي على الحر المسلم من المغنم وبيع هل يتبع بما اشترى به كما لو فدى من أيدي العدو على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يتبع بذلك الثمن جملة، وهو قول ابن القاسم في كتاب محمد.

والثاني: أنه يتبع به جملة، وهو قول أشهب في كتاب ابن سحنون.

والثالث: التفصيل بين الصغير والكبير [فالصغير] [2] القليل الفطنة] الكثير الغفلة لا يتبع بشيء] [3] والكبير [الفطن] [4] العارف بما هو فيه يتبع، وهو قول ابن القاسم أيضًا.

وعلى القول بأنه لا يتبع [بشيء] [5]، هل يرجع من أخذ من يده على أهل الغنيمة بشيء أم لا؟

على قولين:

أحدهما: أنه لا يرجع عليهم بشيء أصلاً ويكون ذلك مصيبة نزلت به، وهو قول سحنون.

والثاني: أنه يرجع على أهل الجيش ما لم يفترقوا، أو بعد الافتراق إن عرفوا، وهو قوله آخرًا في المذهب.

وسبب الخلاف: السكوت، هل يعد كالرضا أم لا؟ والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من ب.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

المسألة السادسة

في [الحربى] [١] الذي يقدم بأمان ومعه أحرار المسلمين [وأموالهم][٢]، أو أسلم على ذلك [٣] .

فإذا قدم بأمان فلا يخلو ما بيده من أن يكون أحرار المسلمين، أو أموالهم.

فإن كان أحرار المسلمين وعبيدهم: فقد اختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنهم لا يؤخذون منه ولا يشترون إلا باختياره، فإن رام الرجوع إلى بلاده بهم: مكن من ذلك ولا يتعرض له، وهو نص قول ابن القاسم في المدونة وغيرها، وهو المشهور في النقل، ولا فرق في ذلك بين الأحرار والعبيد والمسلمين وبين الذكران والإناث [من المسلمين] [٤].

والثاني: أنه لا يمكن من الرجوع بهم، بل يؤخذون منه بأوفى ثمن، وهو قول عبد الملك.

و [**القول**] [٥] **الثالث**: التفصيل بين الذكران والإناث؛ فيجبر على بيع [المسلمات][٦]، ولا يجبر على بيع الذكران، وهو قول ابن القاسم أيضًا على ما حكاه عنه سحنون، وظاهر هذا القول: أن لا فرق بين الأحرار والعبيد، وبه قال ابن القصار.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

(٦) في ب: الإناث.

فوجه القول الأول: ما خرجه البخاري ومسلم أن النبي ﷺ قاضى أهل مكة عام الحديبية على أن يرد عليهم من أتاه [منهم] (١) مسلمًا، فكان ذلك مما فعله النبي ﷺ وفاء بالعهد .

ووجه القول الثاني: أنه لا يجوز ترك المسلم بين يدي الكافر يمتهنه ويستخدمه بين أظهر المسلمين، وإنما فعله النبي ﷺ وكان ذلك في أول الإسلام وقبل أن يكثر المسلمون، أما الآن فلا يجوز ذلك لانتشار الإسلام وظهوره في سائر الأمصار .

ووجه القول الثالث: في الفرق بين الرجال والنساء : قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ ... ﴾ (٢) إلى قوله: ﴿إِلَى الْكُفَّارِ ... ﴾ الآية .

فمفهوم الآية هذه أن الرجال بخلاف ذلك .

وأما [من] (٣) كان بأيديهم ممن عقد فيه عقد عتق [ممن هو على دينهم](٤) [فلم] (٥) أر فيهم نصا ، خلاف أنهم لا يمنعون من الرجوع بهم إذا أرادوا ذلك .

وإن كان الذي بأيديهم أموال المسلمين [أو لأهل الذمة](٦): فلا خلاف أنهم لا [يعارضون] (٧) فيها .

---

(١) سقط من أ.

(٢) سورة الممتحنة الآية (١٠).

(٣) في أ: ما.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: فلا.

(٦) سقط من أ.

(٧) في ب: يتعرضوا.

واختلف هل يجوز [لمسلم] [١] شراؤها منهم أم لا على قولين قائمين من المدونة:

أحدهما: أنه لا يجوز ذلك، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

والثاني: أن ذلك جائز، وهو قول ابن المواز وإسماعيل القاضي، وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة فيمن اشترى أمة من العدو حيث قال: لا أحب له أن يطأها اشتراها في بلاد الحرب أو في بلاد الإسلام ـ فمساواته بين الشراء في دار الحرب أو في بلاد الإسلام دليل على جواز الشراء.

فوجه القول الأول: بالمنع من الشراء منهم: أن ذلك أغرى لهم ولأمثالهم على سبى أموال المسلمين والجرأة عليهم، فإذا علموا أن المسلمين ممنوعون من الشراء منهم كان ذلك مما يؤدي إلى كفهم عن السبى والغارات.

ووجه القول الثاني: بجواز الشراء: أن ذلك مال مسلم قادر على افتكاكه ممن أخذه فيجوز له أن يفديه منهم كما جاز له أن يشتريه ممن اشتراه من أرض الحرب؛ لأنه لو منع لأجل الإغراء لكان المنع [من الشراء] [٢] بدار الحرب أولى وأحرى.

فرع: وقد اختلف [أرباب] [٣] المذهب في حربى ينزل على أمان فإذا هو مسلم ارتد على قولين [٤] :

أحدهما: أنه لا يتعرض له ؛ للوفاء بالعهد، ولو استحق بعبودية [وهو مرتد] [٥] لم يتعرض له [ق / ٥٧ ب] أيضًا، وهو قول ابن القاسم في

(١) سقط من أ. (٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) المدونة (٣/ ٢٠ ـ ٢١).
(٥) سقط من أ.

كتاب ابن سحنون أيضًا.

والثاني: أنه يستتاب، فإن لم يتب قُتل وإن تاب: لم يرد إليهم ورد إلى سيده إن كان عبدًا؛ لأنا إنما أعطينا لهم الأمان والعهد على أنهم كفار لا على أنهم مرتدون، وهو قول سحنون وأشهب، وابن نافع، وأصبغ، وابن الماجشون، وابن حبيب، قالوا كلهم: ولا يجوز للإمام أن يؤمنهم على ألا يحكم عليهم في هذه الأشياء إن وجدهم كذلك فإن جهل فأمنهم على ذلك: فليس جهله مزيلاً ما أوجب الله تعالى عليه من أحكام دينه في ذلك من استرقاق حر مسلم.

وأما إن أسلموا على ذلك: فلا يخلو الذي [أسلموا] (١) عليه من أربعة أوجه:

أحدها: أن يسلموا وبأيديهم أحرار المسلمين.

والثاني: أن يسلموا على أحرار أهل الذمة.

والثالث: أن يسلموا على من عقد فيه عقد من عقود الحرية من الأرقاء.

والرابع: أن يسلموا على مال المسلمين أو لأهل الذمة.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا أسلموا وبأيديهم أحرار مسلمون: فلا خلاف ـ أعلمه ـ في المذهب أنه لا حق لهم فيهم، ويؤخذون منهم بغير ثمن.

واختلف في أحرار أهل الذمة ـ وهو [ق / ٩٤ جـ] الوجه الثاني ـ على قولين:

أحدهما: أنهم أرقاء لهم، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

---

(١) سقط من أ.

والثاني: أنهم كأحرار المسلمين يؤخذون منهم بغير ثمن، وهو قول أشهب في كتاب ابن سحنون وغيره.

وينبني الخلاف على الخلاف في أحرار أهل الذمة هل هم كعبيدنا أم لا؟

فمن رأى أن حكمهم [ق/ ١١٢أ] حكم عبيدنا قال: لا يتعرض لهم، وهم لهم عبيد، وهو نص قول ابن القاسم في كتاب الجهاد: (أن أحرار أهل ذمتنا كعبيدنا) [١].

ومن رأى أن حكمهم حكم أحرارنا قال: [يؤخذون] [٢] منهم بغير عوض.

وظاهر قول مالك في كتاب الزكاة الأول وكتاب الجهاد وكتاب التجارة إلى أرض الحرب في الذمي إذا أسلم: أن أرضه وماله فيء المسلمين؛ فلو كان عبدًا لكان رقيقًا لهم، كما أن المال الذي عقدت عليه الذمة وهو بيده فيء لهم.

والقولان [قائمان من المدونة] [٣].

والجواب عن الوجه الثالث: إذا أسلموا على من عقد فيه عقد من عقود الحرية؛ كالتدبير، والكتابة، والإيلاد، والعتق إلى أجل.

أما المدبر: فله خدمته، فإن مات السيد والثلث يحمله: كان عتيقًا، وإن كان عليه دين يغترقه: كان رقيقًا لمن أسلم عليه [وإن لم يكن له قال سواه ولا دين عليه عتق ثلثه وكان ثلثاه رقًا له] [٤] وأما [المكاتب] [٥]: [فله

(١) المدونة (٣/ ١٣).

(٢) في جـ : لا يؤخذون.

(٣) في ب: ظاهران.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: الكتابة.

كتابته][1]، فإن أدَّى: كان حرًا، وإن عجز: كان رقيقًا له.

وأما أُمُّ الولد: فإنها تنتزع من يده ويأخذ قيمتها.

والمعتق إلى أجل: يكون له خدمته، فإذا حلَّ الأجل خرج حرًا.

والجواب عن الوجه الرابع: إذا أسلموا على مال للمسلمين أو لأهل الذمة: فقد حكى ابن حبيب إجماع [أهل] [2] المذهب أنه أحق بما في يده مما أسلم عليه [من أربابه] [3]؛ لقوله عليه السلام: «**من أسلم على شيء فهو له**»[4]، وهذا عموم يخصصه الإجماع؛ لأنه يتناول الأحرار وغيرهم ممن ينطلق عليه اسم شيء، ثم إن الحر خرج بالإجماع. [والحمد لله وحده][5].

---

(١) في ب: فإنما تكون للذي أسلم عليه.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) أخرجه أبو يعلى (٥٨٤٧) والبيهقي في «الكبرى» (٩/ ١١٣). من حديث أبي هريرة مرفوعًا. قال الهيثمي: رواه أبو يعلى وفيه ياسين بن معاذ الزيات وهو متروك «مجمع الزوائد» (٥/ ٣٣٦). وضعفه الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (١٩٠٨).

(٥) زيادة من جـ.

المسألة السابعة

في الحرة المسلمة والذمية، أو الأمة المسلمة تُسبى فتوطأ، فتلد، ثم غنمها المسلمون هي وولدها.

أما الحرة المسلمة إذا غنمها المسلمون ومعها أولاد صغار وكبار:

أما هي في نفسها: فلا خلاف أنها لا تستباح، واختلف في أولادها على ثلاثة أقوال كلها قائمة من المدونة.

أحدها: أن الأولاد تبع لها في الحرية والإسلام؛ لا يباعون ولا يسترقون، فإن أبوا الإسلام جبروا عليه، وإن تمادوا يريد كبارهم: قتلوا على الكفر كالمرتد، وهي رواية مطرف عن مالك في كتاب ابن سحنون، وقاله ابن وهب، وابن حبيب وقاله أشهب [مرة] (١) ، وهو قول مالك في «ثمانية أبي زيد » وهو ظاهر قول مالك في كتاب الجهاد من «المدونة» في الصغار، على ما سنبينه آنفًا إن شاء الله تعالى.

والثاني: أن أولادها الصغار والكبار فيء ، وهو قول أشهب، وعبد الملك، وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة في كتاب النكاح الثالث.

و [القول] (٢) الثالث: التفصيل بين الصغار والكبار؛ فمن كان منهم صغيرًا: يكون حكمه حكم الأم؛ فيكون مسلمًا بإسلامها، ومن كان منهم كبيرًا قد بلغ وقاتل فإنه يكون فيئًا، وهو قول ابن القاسم في المدونة وكتاب ابن سحنون.

واختلف المتأخرون في هذين الشرطين؛ هل لا بد من اعتبارهما مع البلوغ ووجود القتال وهو تأويل الشيخ أبي محمد بن أبي زيد، أو

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

[الاعتبار][1] بالبلوغ خاصة ـ قاتل أو لم يقاتل ـ وهو تأويل ابن شبلون.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الصغار هل هم مسلمون بإسلام الأب [خاصة][2]، أو بإسلام من أسلم من الآباء [أولاً] [3] ـ أبًا كان أو أُمًّا ـ ولا يكونوا مسلمين بإسلام واحد منهما أصلاً ؟

والذي يتخرج في المسألة خمسة أقوال كلها قائمة من المدونة :

أحدها: أنهم مسلمون بإسلام الأب خاصة، وهو [نص] [4] قول مالك في كتاب النكاح الثالث من المدونة؛ حيث قال: (الولد تبع للأب في الدين وأداء الجزية، وهو تبع للأم في الرق والحرية والحضانة) [5] ، ثم قال: (إسلام الأب إسلام لصغار بنيه).

والثاني: أنهم مسلمون بإسلام من أسلم منهم أولاً، وهي رواية ابن وهب عن مالك في غير المدونة، وهو ظاهر قول مالك في كتاب الجهاد من المدونة في الحرة المسلمة تسبى فتوطأ بدار الحرب ثم غنمها المسلمون ومعها أولاد صغار، حيث قال: لا يكونون فيئًا لأنهم مسلمون بإسلامها.

والثالث: أنهم لا يكونون مسلمين بإسلام واحد منهما أصلاً، وهو ظاهر قول مالك في كتاب النكاح الثالث أيضًا في الذي أسلم في دار الحرب ثم قدم إلينا، أو قدم إلينا بأمان ثم أسلم، ثم غزا المسلمون تلك الدار فغنموا أهله وولده وماله فقال: إنْ أبت الإسلام فإنها هي وولده وماله فيكونون فيئًا.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) المدونة (٣/ ٥٦).

قال غيره: ولده [الصغير] (١) تبعًا له.

وقوله: «فإن ولده يكونون فيئًا» دليل على أن الولد لا يكون مسلمًا بإسلام أبيه؛ لأنه لو كان مسلمًا بإسلام أبيه لكان مسلمًا حيث كان؛ لأن المسلم لو نكح بدار الحرب: كان ولده مسلمًا، وهو قول أبي الفرج أن الولد حيث كان فإنه [لا] (٢) يكون مسلمًا بإسلام أبيه، وهو ظاهو قول الغير في الكتاب المذكور أيضًا أنهم لا يكونون مسلمون بإسلام الأب أصلاً.

قال سحنون: وأكثر [الرواة] (٣) على أنهم مسلمون بإسلام أبيهم.

قال فضل بن سلمة: [هذا يدل] (٤) على أن من الرواة من يقول: ليس إسلام الأب إسلام [لهم] (٥) وإن كانوا صغاراً.

و [**القول**] (٦) **الرابع**: التفصيل بين الصغار والكبار، وهو ظاهر قوله في [الكتاب المذكور أيضًا] (٧) فيمن أسلم وله أولاد مراهقون من أبناء اثنتي عشرة سنة وشبه ذلك، قال: لا يجبرون على الإسلام، ولا يكونون مسلمين بإسلام أبيهم ويترك الأمر إلى بلوغهم .

و [**القول**] (٨) **الخامس**: التفصيل بين أن يزييهم بزي الإسلام عند إسلامه وهم صغار، أو يتركهم.

فإن زياهم بزي الإسلام عند إسلامه وهم صغار: فلهم حكم المسلمين

---

(١) في أ : الصغار.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: الروايات.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ب: للأبناء.

(٦) سقط من أ.

(٧) في ب: كتاب النكاح الثالث.

(٨) سقط من أ.

بإسلامه.

وإن تركهم مهملين حتى راهقوا الاحتلام: فلا يكونوا مسلمين بإسلام الأب، وهو قوله في الكتاب المذكور أيضًا فيمن أسلم وله أولاد صغار فأقرهم حتى بلغوا اثنتي عشرة سنة أو ثلاثة عشر فأبوا الإسلام، وقال: لا يجبرون على الإسلام، وقال بعض الرواة: يجبرون وهم مسلمون، وهو أكثر مذاهب المدنيين. وقوله: (فأقرهم): دليل على أنه لا بد من شيء يصنعه فيهم بعد إسلامه، وليس هناك أمر يصنعه فيهم إلا أن يزييهم بزي الإسلام وأن يؤدبهم بآداب الإيمان ويختنهم ويظهر عليهم دلائل تدل على أنهم مسلمون.

فهذه خمسة أقوال كلها ظاهرة.

وللذمية حكم المسلمة [في نفسها وولدها] (١) في جميع ما ذكرناه [وفي المسألة قول سادس بالتفريق بين الذمية والمسلمة. فأولاد المسلمة لا يكونوا فيئًا والكبار من أولاد الذمية كذلك وهو قول مطرف] (٢) ، وأما الأمة: فإنها ترد إلى سيدها، واختلف في أولادها على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الأولاد لسيدها ـ صغارًا كانوا أو كبارًا ـ وهو قول ابن القاسم في كتاب الجهاد من المدونة.

والثاني: أنهم فيء ـ صغارًا كانوا أو كبارًا ـ وهو قول عبد الملك بن الماجشون في كتاب ابن حبيب.

والثالث: التفصيل بين أن يكونوا من نكاح أو سفاح فإن كانت أمهم قد تزوجت ووطئت بنكاح: فإنهم [يكونون] (٣) للسيد.

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: يكون والمثبت من ب.

وإن وطئت بسفاح: فإن الأولاد فيء للمسلمين، وهو قول أشهب.

وسبب الخلاف: هل الحكم للدار أو للمالك ؟ فمن رأى أن الحكم للدار قال: إنهم يكونون فيئًا. ومن رأى أن الحكم للمالك لا للدار قال: إنهم يردون إلى السيد ولا يكونون فيئًا. وعلى هذا ينبني الخلاف في الحربى يسلم ثم يخرج إلينا، أو قدم عندنا بأمان ثم أسلم، ثم غزا المسلمون تلك الدار فغنموا أهله وولده وماله هل يكونون فيئًا أم لا؟ وقد اختلف المذهب في ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن جميع ذلك فيء، ولا فرق بين الأولاد وأمهم والمال، وهو قول مالك في كتاب الجهاد وكتاب النكاح من المدونة.

والثاني: أن ماله وولده الصغار لا يكونون فيئًا، وهو قول الغير [في المدونة] (١) في كتاب الجهاد.

والثالث: أن الزوجة والمال فيء دون الولد، وهو قول الغير أيضًا في بعض روايات المدونة في كتاب الجهاد، وهو قول أبي الفرج في «الحاوي».

والرابع: التفصيل بين أن يضم أهل الشرك ماله إلى أملاكهم من أجل إسلامه وخروجه من عندهم، أو يتركوه على حالته.

فإن أخرجوه وضموه إلى أموالهم: فإنه يكون فيئًا. وإن تركوه على حالته ولم يتعرضوا له: فإنه لا يكون فيئًا، ويرد إلى ربه.

فإن [أُخذ] (٢) في المقاسم: كان أحق به بالثمن، وهو قول محمد بن حارث في كتاب «الاتفاق والاختلاف» وهذا قول بَيْنَ القولين.

ولا خلاف فيما حملت [به] (٣) من ولد بعد إسلامها أنه لا يكون فيئًا لأنه حر مسلم سُبِيَ فلا يدخل في المقاسم بوجه، والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: دخل.

(٣) سقط من أ.

المسألة الثامنة

في تحريق العدو بالنار في حصونهم ومراكبهم وفيهم أسارى المسلمين أو ذراري المشركين[١].

وإذا حضر المسلمون العدو في موضع من المواضع: فلا يخلو ذلك من أحد وجهين:

إما أن يحصروهم في حصن، أو مركب، فإن حصروهم في حصن من الحصون وأرادوا أن يرموهم بالمجانيق: فإن كان فيهم أساري من المسلمين فقولان: فقيل: يرمون.

وقيل: لا يرمون، وهو قول [ابن القاسم] [٢] في «الواضحة».

فإن لم يكن فيهم من المسلمين أحد، وفيهم النساء والذرية من المشركين: فإنهم يرمون بالمجانيق [اتفاقًا] [٣]. وهل يغرقون أو يحرقون؟

فإن كان معهم من المسلمين أحد: فلا خلاف أنهم لا يغرقون ولا يحرقون.

وإن لم يكن معهم أحد من المسلمين وفيهم النساء والذرية: فقد اختلف المذهب في ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنهم يغرقون ويحرقون جملة إذا لم يقدروا على أخذهم، وهو قول ابن المواز.

والثاني: أنهم لا يغرقون ولا يحرقون وإن لم يكن [فيها] [٤] إلا

(١) النوادر (٣/ ٦٦ ـ ٦٩).

(٢) في ب: ابن حبيب.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: فيهم.

الرجال المقاتلة خاصة، وهو قول سحنون في «العتبية» [١]، وروى عن ابن القاسم مثله.

والثالث: التفصيل بين الذرية والعيال والرجال المقاتلة؛ فإن انفرد الرجال المقاتلة عن النساء والذرية: جاز أن يحرقوا.

وإن كان معهم النساء والذرية: لم يحرقوا.

وهو قول ابن القاسم في المدونة.

وإن حصروهم في مركب على ظهر البحر فهل يجوز أن يحرقوا أو يغرقوا [أم لا] [٢]؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنهم لا يحرقون ولا يغرقون جملة إذا كان فيهم مسلمون والنساء والذرية.

والثاني: أنهم يغرقون ويحرقون جملة وإن كان معهم من المسلمين النفر اليسير أو النساء والصبيان [ق / ١١٣ أ] بحيث إن لم يفعل بهم [ذلك][٣] ظفروا بالمسلمين وظهروا عليهم، وهو قول اللخمي والتونسي [والثالث: التفصيل بين أن يكون فيهم مسلمون أو ذراريهم. فإن كان فيهم مسلمون فلا يحرقوا. وإن كان فيهم النساء والذرية فإنهم يحرقون ويغرقون][٤].

وسبب الخلاف: تغليب أحد الضررين على الآخر. ولا إشكال أنه لا يجوز أن يقاتل العدو بالنبل المسموم و [لا] [٥] بالسلاح المسموم، وقال

---

(١) البيان والتحصيل (٣/ ٤٤).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

مالك: [وإنما كان] [١] ذلك فيما مضى، وقال محمد: لأن ذلك مما يعاد إلينا.

وكذلك كره مالك أن يجعل [لهم السم] [٢] في قلال الخمر أيضًا [والحمد لله وحده][٣].

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: السموم.

(٣) زيادة من جـ.

المسألة التاسعة

في النفل [(١)]

والنفل زيادة على السهم، أو هبة لمن ليس من أهل السهم يفعله الإمام لرأي يراه، أو يخص به [أيضًا من] [(٢)] يرضاه [لحراسة] [(٣)] أو [محاربة] [(٤)] [أو جرأة] [(٥)] أو حسن تحسيس أو زيادة غنى أو حسن بلاء أو ما يؤدي إليه اجتهاد الإمام.

واختلف العلماء هل يخرج من رأس الغنيمة، أو لا يكون إلا من الخمس؟

فجمهور العلماء على أن النفل لا يكون إلا من الخمسه لقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [(٦)]، وجعل الأربعة الأخماس للغانمين، ولايجوز أن يؤخذ لهم منها شيء بالاحتمال .

ومن طريق المعنى أنه لو كان النفل مستخرجًا من جملة الغنيمة ما أضر النبي - ﷺ - فيه البيان عند الحاجة إلى بيانه؛ لأن هذه الآية نزلت في شأن خيبر [ق / ٩٥ جـ] والنضير، فلم يكن يؤخر بيانه إلى يوم حنين، قال: «**من قتل قتيلاً له عليه بينة فله سلبه**» [(٧)] بعد أن يرد القتال ، فلو كان أمرًا متقدمًا لعلمه أبو قتادة الذي قتل قتيلاً يوم حنين، وهو من فرسان رسول الله ﷺ وأكابر أصحابه ﷺ فلم يطلب ذلك حتى أمر ﷺ من ينادي: من قتل

(١) المدونة (٣/ ٢٩ - ٣٠) والنوادر (٣/ ٢٢١).
(٢) في ب: إنسانًا.
(٣) سقط من ب: وفي أ: لحياصة.
(٤) في أ: محارسة.
(٥) سقط من أ.
(٦) سورة الأنفال الآية (٤١).
(٧) أخرجه البخاري (٣١٤٢) ومسلم (١٧٥١).

« قتيلاً فله سلبه » .

ودليل أخر: أن النبي ﷺ أعطاه لأبي قتادة بشهادة رجل واحد بلا يمين، فلو كان يخرج من رأس الغنيمة ما كان يخرج من حق من غنم إلا بما تنتقل به الأملاك [والحقوق] (١) قبل البينات أو بشاهد ويمين.

وحديث ابن عمر ـ رضي الله عنه ـ أيضًا دليل على أن النفل لا يكون إلا من الخمس؛ لأنه قال: بعث رسول الله ﷺ سرية إلى نجد فغنموا إبلاً كثيرةً وكانت سهمانهم اثنى عشر بعيرًا، أو أحد عشر بعيرًا ونفلوا [بعيرًا](٢) بعيرًا (٣) ، وهذا لا يكون في الذهب والورق ـ أعني النفل، وإنما يكون في العروض، وهذا مذهب أكثر العلماء، والحكمة في ذلك: أن النفل نعمة أنعم بها الإمام على الذي نفله؛ إما لحسن تدبير، أو لشدة بلائه على حسب ما قدمناه، فيحتاج إلى إظهار تلك النعمة على نفسه ليكون [ذلك] (٤) تحريضًا للاجتراء على العدو وحرصًا على النكاية عليهم بكل حيلة أمكنته ولذلك حصر النفل بما يظهر من الحيوان والعروض دون ما يخفى من العين وغيره.

واتفقوا على جوازه بعد القتال، وعلى منعه قبل القتال. فإن نزل فإنه يمضي إلا أن تمس الحاجة إليه فيجوز، وللضرورة تأثير في إباحة المحظور؛ لأن ذلك يؤدي إلى فساد النيات، [واختلال] (٥) الطويات، وسفك الدماء على الأمر الفاسد وهتك الأرواح على الغرض الجائر لأن المقصود في مشروعية الجهاد أن تكون كلمة الله هي العليا وكلمة الذين كفروا السفلى،

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) أخرجه البخاري (٣١٣٤) ومسلم (١٧٤٩).

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: واختلاف.

فيحتاج إلى تخليص النية وتمحيص الطوية، وعلى ذلك يكون الأجر والثواب [من] [١] عند رب الأرباب ، [والحمد لله وحده] [٢] .

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من جـ.

المسألة العاشرة

في الأمان [١]

ولا يخلو أمان المسلمين لأهل الحرب من وجهين :

أحدهما: أن يكون من الإمام.

والثاني: أن يكون من غيره.

فإن كان الأمان من الإمام: فلا خلاف في لزومه له ولسائر رعيته وأهل جيشه، ولا خروج لهم عن ذلك، وسواء أمنهم على مال أو على غير مال.

فإن كان الأمان من غـيره: فلا يخلو من أن يكـون من أهل الذمة، أو من أهل الإسلام.

فإن كان من أهل الذمة: فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يعلم أنه نصراني [ويعلم أنه لا أمان له أو يعلم أنه نصراني][٢]، وقال: ظننت أنه ممن يقبل أمانه، أو يقول: ظننت أنه مسلم.

فأما الوجه الأول: إذا علم أنه نصراني ، و[يعلم] [٣] أنه ممن لا أمان له: فقد روى ابن القاسم [عن مالك] [٤] أن أمانه ليس بشيء، ولا أعلم في المذهب فيه نص خلاف.

وأما الوجه الثاني: إذا علم أنه نصراني، وقال: ظننت أنه ممن يقبل أمانه [لمكان ذمته] [٥] ، هل يكون فيئًا أو يرد إلى مأمنه؛ قولان:

---

(١) النوادر (٣/ ١١١).

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: علم.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

أحدهما: أنه يكون فيئًا، ولا أمان له، وهو قول ابن المواز.

والثاني: أنه لا يكون فيئًا ويرد إلى مأمنه؛ لأن ذلك أمر مشكوك فيه، والدماء لا تستباح بالشك، وهو اختيار أبي إسحاق التونسي، وهو مذهب الأوزاعي.

وأما الوجه الثالث: إذا قال: ظننت أنه مسلم، هل يقبل منه ويصح له الأمان أو لا أمان له؛ فالمذهب على قولين.

أحدهما: أنه فيء لا أمان له.

والثاني: أنه يرد إلى مأمنه ولا يكون فيئًا.

والقولان لابن القاسم في كتاب محمد.

والأصح في ذلك كله: أن يرد إلى مأمنه؛ لأن ذلك [شك] (١) يوجب التوقف عنه.

فإن كان الأمان من أهل الإسلام: فلا يخلو من أن يكون [من] أهلية القتال أم لا.

فإن كان من [أهلية] (٢) القتال كالأحرار البالغين من الرجال؛ مثل أن يؤمن رجال من المسلمين رجلاً من أهل الحرب بغير إذن الإمام: فلا خلاف في المذهب أن عقده على الإمام وعلى سائر المسلمين يفيد الأمان للحربى في تلك الحالة [ق/ ٥٨ ب].

واختلف هل ذلك أمر لازم [للإمام و] (٣) لا خروج له عنه، أو ذلك متوقف على نظر الإمام، على قولين منصوصين في المدونة:

---

(١) في جـ : شيء.
(٢) في ب: أهل
(٣) سقط من أ.

أحـدهمـا: أن أمانه ماض على الإمام، وليـس له نقضه ولا خروج له عنه، وهو قول ابن القـاسم، في المدونة [وهي رواية] (١) معنٍ عن مالك ونحوه لمحمد بن المواز.

والثـاني: أن ذلك موقوف على نظـر الإمام؛ إن رأى إجازته وإمضاءه: أمضاه، وإن رأى أن يرده: رده، وهو قول [المغيرة] (٢) في المدونـة، على المشهور في التأويل أن قوله خلاف لقـول ابن القاسم، وهو قول ابن حبيب في «واضحته»، وهو قول سحنون في كتابه.

فإن كان ممن ليس بأهلية القتال؛ كالنساء والعبيد والأطفال: فقد اختلف [فيه](٣) المذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن أمانهم جائز، ولا خروج للإمام عنه، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

والـثـانـي: أنه موقوف علـى نظر الإمام واجتهاده، وهو قـول الغير في المدونة، فإن رأى إمضاءه أمضاه، وإن رأى أن يرده إلى مأمنه رده.

والـثالـث: أن أمانهم باطـل ولا يكتسب به المستأمـن حرمة، وهو قول سحنون في الصبي الذي لا يطيق القـتال، والعبد والمرأة بمنزلة الصبي، ولا فرق سواء؛ لأن العبد والمرأة أموال وحشوة وقوة على الجهاد كما قدمناه أول الكتاب.

وسبب الخلاف: اختلافهم في المفهوم من قوله ﷺ: «**يجير على المسلمين أدناهم ويرد عليهم أقصاهم، وهم يد على من سواهم**»(٤).

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: الغير.

(٣) في ب: في أمانه.

(٤) تقدم.

قال ابن حبيب: وأدناهم: الذمى من حر أو عبد أو امرأة أو صبي يعقل الأمان.

وقوله: ويرد عليهم أقصاهم: أي ما غنموا في أطرافهم يجعل خمسه في بيت المال، بل ذلك أمر يكون بيد الأدنى ويلزم الإمام أمانه، ولا خروج له عنه، وهذا هو الظاهر [من قوله] (١) عليه السلام. « [أو] (٢) ذلك» أمر متوقف تمامه على إجازة الإمام وإمضائه؛ إن رأى نفوذه أمضاه، وإن رأى رده إلى مأمنه ولا أمان له إن [وُجد] (٣) بعد ذلك، وهو الظاهر من قوله عليه السلام [في قصة أم هانئ حيث قال] (٤) : « **قد أجرنا [من]**(٥) **أجرت يا أم هانئ**»؛ إذ لو كان أمانها لازمًا نافذًا لا خروج لأحد عنه لما قال رسول الله ـ ﷺ ـ: « **قد أجرنا [من]** (٦) **أجرت يا أم هانئ** » (٧)، فكان المفهوم من قوله ـ [ﷺ] (٨) ـ: « **قد أجرنا [من]**(٩) **أجرت** » أن جوارها لا يتم ولا [يمتد] (١٠) إلا بجوار النبي ﷺ وبهذا قال عبد الملك وسحنون وابن حبيب [تم الكتاب والحمد لله وحده] (١١).

---

(١) في أ: لقوله.
(٢) في أ: لك.
(٣) في ب: أُخذ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: ما.
(٦) في أ: ما.
(٧) تقدم.
(٨) سقط من أ.
(٩) في أ: ما.
(١٠) في ب: ينعقد.
(١١) زيادة من جـ.

كتاب النذور والأيمان [١]

تحصيل مشكلات هذا الكتاب [وجملتها] [٢] ثماني عشرة مسألة:

المسألة الأولى (فيما) [٣]

إذا حلف بالمشي إلى مكة:

لا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها: أن ينوي حجًا أو عمرة.

والثاني: أن ينوي الوصول إلى مكة ويعود، لا أكثر من ذلك.

والثالث: أن لا تكون له نية.

والرابع: أن يقول: عليه المشي، ولم يذكر مكة ولا شيئًا من حرمها.

وأما [الجواب عن الوجه] [٤] **الأول:** إذا نوى حجًا أو عمرة: فإنه يمشي حتى يسعى بين الصفا والمروة إن كانت عمرة، وحتى يفيض وحتى يرمي الجمار إن كانت حجة.

فإن قدَّم الإفاضة على الرمي هل يركب في رمي الجمار أم لا؟

قولان:

أحدهما: أنه يركب في رمي الجمار - أعني في حين سيره لا حين الرمي وهو قول ابن القاسم في «المدونة» [٥]، وهو المشهور في النقل.

والثاني: أنه لا يركب في رمي الجمار وإن كان قد أفاض، وهو قول ابن

---

(١) المدونة (٣/ ٧٦) و (٣/ ١١١).

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: منها.

(٤) سقط من أ.

(٥) المدونة (٣/ ٧٦).

حبيب(١).

ووجه قول ابن القاسم: إن الحج قد تم وحلَّ من إحرامه كأن المعنى الذي أراد المشي فيه قد ذهب.

ووجه قول [ابن حبيب] (٢) أنه وإن حلَّ من إحرامه فقد بقى عليه من جملة المناسك التي نذر المشي فيها.

فإن أخر الإفاضة وقدم الرمي عليها هل يركب في رمي الجمار أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا يركب في رمي الجمار، وهو قول مالك في المدونة.

والثاني: أن له أن يركب فيها [قبل أن يفيض](٣)، وهو ظاهر قول ابن القاسم في الكتاب أيضًا حيث [قال] (٤) عقيب قول مالك: (وأنا لا أرى به بأسًا وذلك عندي بمنزلة، ما لو مشى فيما وجب عليه ثم [رجع إلى](٥) المدينة فركب في حوائجه أو رجع من الطريق لحاجة نسيها)(٦).

وإن كان المتأخرون قد اختلفوا في تأويل قول ابن القاسم في [الكتاب](٧): (ولا أرى به بأسًا): هل يرجع على المسألة الأولى، وهو قول مالك: لا يركب في رمي الجمار، ويكون خلافًا، وإليه ذهب أبو الحسن اللخمي، ويؤخذ منه أيضًا أن الخلاف يدخل في الركوب إلى

(١) النوادر (٤/ ٢٨ ـ ٢٩).
(٢) في الأصل: إلى.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في ب: أتى.
(٦) المدونة (٣/ ٧٦).
(٧) في جـ: المدونة.

الحوائج، أو يعود إلى الركوب في حوائجه وفاقًا، وهو تأويل الشيخ أبي محمد بن أبي زيد [١] ـ رضي الله عنه ـ فلو ركب المناسك كلها فقد قال في الكتاب أنه يحج الثانية راكبًا، فإذا طاف وسعى خرج إلى عرفات ماشيًا [حتى] [٢] يفيض، ولم يبين هل كان ركوبه اضطرارًا أو اختيارًا، ونحن نقول من حيث التفصيل: لا يخلو ركوبه في المناسك من [وجهين] [٣] إما أن يكون على معنى الترفه والاختيار، أو على معنى الغلبة والاضطرار.

فإن كان [ركوبه] [٤] على معنى الترفه والاختيار: كان عليه أن يقضي قابلاً راكبًا، ثم يمشي المناسك على أي وجه كان مشيه منذورًا معينًا أو مضمونًا في الذمة، أو تطوعًا، ولا إشكال في ذلك.

وإن كان [ركوبه] [٥] على معنى الغلبة والاضطرار كالعجز والمرض: فلا يخلو إما أن يكون نذره مضمونًا في الذمة وسمي حجًا، أو كان معينًا.

فإن كان مضمونًا في الذمة: فإنه يقضي قابلاً [راكبًا] [٦] [و] [٧] قضي المناسك ماشيًا، ولا خلاف في [ذلك][٨].

وإن [كان] [٩] المنذور معينًا في عام بعينه [ق/ ١١٤ أ].

وسميّ الحَّج أو لم يُسمِّه، أو كان مضمونًا [و][١٠] لم يَسمِّ حجًا،

---

(١) النوادر (٤/ ٢٩).
(٢) في ب: ثم.
(٣) في أ: جهتين.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ: أو.
(٨) في ب: هذا الوجه.
(٩) سقط من أ.
(١٠) في أ: أو.

هل يمشي المناسك في حجة القضاء أو يجوز له الركوب؟ **فالمذهب على قولين [قائمين] (١) من «المدونة»:**

أحدهما: أنه يجوز له الركوب، ولا شيء عليه، وهو قول مالك في المدونة: في الذي حلف بالمشي إلي بيت الله، فحنث، فمشى في حج، ففاته الحج: «أن المشي يجزئهُ، [ويجعله] (٢) في عمرة، ويقضي عامًا قابلاً، [ويهدي لفوات الحج، ولا شيء عليه غير ذلك».

والثاني: أنَّهُ يمشي المناسك قابلاً] (٣) ، وهوقول ابن القاسم في كتاب «محمد»، وظاهر الكتاب يدلُّ عليه أيضًا، فرأى مالك رضي الله عنه: أنَّهُ [إن](٤) [غلب](٥) على مشي المناسك، ولم يفته الحج: كان له الركوب ويجزئه وإن فاتهُ الحج: كان قد غلب على الوجهين جميعًا، فقضى الحج ولم يقض [المشي] (٦) وعلى أصل ابن القاسم، إن [غلب] (٧) على المشي وحده وشهد المناسك راكبًا: قضى قابلاً ويمشي المناسك.

فإن غلب على الوجهين جميعًا الحج [والمشي](٨)، حتى فاته الحج بمرض ـ [أو خطأ] (٩). قضى المشي والحج جميعًا.

وينبني الخلاف على الخلاف: في مراعاة المقاصد والألفاظ:

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: ويجعلها.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في ب: غلبه.
(٦) في ب: المناسك.
(٧) في ب: غلبه.
(٨) في أ: والعمرة.
(٩) سقط من أ.

فمن اعتبر الألفاظ، قال: لا يلزمه مشي المناسك، لأنه قال: «إلى مكة»، و «إلى»: في موضوعية الاستعمال في وضع اللغة، بمعنى الغاية [ومن شروط الغاية] (١) ، أن يكون ما بعدها [خلافًا] (٢) لما قبلها.

ومَنْ اعتبر المقاصد، قال: لا يلزمه مشي المناسك، لأنَّ المقصود من المشي إلى مكة: عمل المناسك، وهو فائدة المشي وثمرتُهُ.

ولهذا فُرِّق بين مشى المناسك ومشي الطريق، فقال: إذا [مشى] (٣) مثل البريد واليوم لم يلزمه العود ثانية، وعليه الهدى، وقال: إذا ركب المناسك كُلَّها، فإنَّهُ يعود ثانية، فأمرهُ بالرجوع ثانية، وإن كان أقل من يوم، وما ذلك إلا لكونه مقصود المشي ومطلوبه، ولأنَّ الحاج فيها محبوسٌ أيامًا [ق/ ٩٦ جـ]، فأشبه السفر، ولأنَّهُ مدة تقصر [فيها] (٤) الصلاة أيضًا.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا [نذر] (٥) الوصول إلى مكة، ويعود ولا نية له في أكثر من ذلك، فلا يخلو ذلك من وجهين:

أحدهما: أن يرى أنَّ في ذلك فضيلة وقُربة [والثاني: أن يكون عالمًا أنه لا قربة فيه. فإن كان يرى أن فيه فضيلة وقربة] (٦) فلا شيء، [عليه] (٧) لا مشي ولا غيره، وهو قول أشهب في كتاب محمد: « [أن] (٨) من نذر المشي إلى مكة ولا نية له أن لا شيء عليه».

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: مخالفًا.

(٣) في أ: ركب.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: نوى.

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ.

(٨) سقط من أ.

وإن كان عالمًا أنَّهُ لا قُربة في نذره، ووصوله: كان نذره معصية، وهل يلزمهُ أن يجعل ذلك في حج أو عمرة؟ **قولان قائمان من المُدوَّنة:**

أحدهما: أنّهُ يجعل ذلك في حج أو عمرة [ويلزمه ذلك وجوبًا][(١)]، وهو قوله في «الكتاب»: فيما [إذا] [(٢)] نذر أن يحمل فلانًا إلى بيت الله، وقصد بذلك التعب والمشقة على نفسه، حيث قال: « إنَّهُ يحج ماشيًا ويهدي».

والثاني: أنَّهُ لا شيء عليه ولا يلزمهُ المشي، وهو قوله في «الكتاب» أيضًا، فيما إذا نذر المشي إلى بيت الله حافيًا [راجلاً] [(٣)] قال: فإنَّهُ ينتعل، فإن أهدى فحسن، وإن لم يهد فلا شيء عليه، وجميع ذلك نذر معصية.

وينبني الخلاف على الخلاف: فيمن نذر معصية، هل يلزمه أن يعكس نذرهُ [في طاعة] [(٤)] أم لا؟

والجواب عن [الوجه] [(٥)] الثالث: إذا نذر المشي إلى بيت الله، ولا نية له في حج ولا عُمرة، فهو مخيَّر: إن شاء جعل مشيهُ في حج، وإن شاء جعلهُ في عُمرة.

وإن جعله في عمرة، مشى حتى يسعى بين الصفا والمروة.

فإن ركب بعد السعي، وقبل الحلاق فلا شيء عليه، لأنه لم يبق عليه شيء. وإن [جعلهُ] [(٦)] في حجٍ، فلا يخلو من أن يكون قد أدرك الحجَّ أو فاته:

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) في ب: جعل مشيه.

فإن أدرك الحج، فلا خلاف أنَّهُ يلزمهُ المشي إلى مكة، وهل يلزمه مشي المناسك أم لا؟ **قولان**: وقد قدَّمناهما، والصحيح أنَّهُ يلزمهُ مشي المناسك.

فإن فاتهُ الحج، ففسخ مشيهُ في عمرة، فإنه يقضي قابلاً ويهدي، وهل يلزمهُ مشي المناسك في حجة القضاء أم لا؟

[**فالمذهب**] [١] **على قولين** قائمين من «المدونة» على حسب ما قدَّمناه أيضًا.

فمن ألزمهُ مشي المناسك، فكأنه رأى أنَّهُ لما أحرم بالحجِّ أوجب على نفسه مشي المناسك.

ومن لم يُوجب ذلك عليه، فكأنَّهُ لم يلزمهُ مشي المناسك إلا مع سلامة حجه، فمتى فاتهُ صار عملهُ عمل العُمرة أشبه من ابتداء العُمرة في عمرة، لأنَّ قضاءهُ الحج، ليس من [جهة] [٢] المشي، لأن المشي قد أتى به، وإنمَّا سنة من فاتهُ الحج أن يقضيه، وإن غلب عليه تطوعًا كان [أو] [٣] واجبًا، وهذا ظاهر «المدونة»، لقولهِ: «فإنَّهُ يقضي قابلاً ويهدي، ولا شيء عليه غير ذلك»، وظاهرهُ: أنَّهُ لا شيءَ عليه من مشي المناسك، وإلا [فما المشي] [٤] الذي أشار إليه غيرهُ؟

والجواب عن [**الوجه**] [٥] **الرابع**: إذا قال عليه المشي، ولم يذكر مكة ولا شيء من حرمها، فقد اختلف فيه المذهب على قولين :

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: حجه.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: فالمشي.

(٥) سقط من أ.

أحدهما: أنه لا شيء عليه، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: [أن المشي يلزمه] [(١)] إلى مكة [وهو قول أشهب] [(٢)] والحمد لله وحده.

(١) في أ: أنه عليه المشي.

(٢) سقط من أ.

المسألة الثانية

فيمن نذر إحرامًا بحجة أو عُمرة إن فعل كذا، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أنَّ يقيِّد يمينه بوقت.

والثاني: ألا يقيدها بوقت.

فإن قيَّدها بوقت غير معين، وكان يمينه [على حج] (١) ، مثل: أن يقول «يوم [يفعل] (٢) كذا أو كذا» أو «حين [يُفعل] (٣) كذا وكذا»، فهو مُحرم، فقد قال في «الكتاب»: « إنَّهُ يكون مُحرمًا يوم كلمه»، وكذلك العُمرة.

وهل يكون محرمًا بنفس الفعل أو لا بد من إحرام يُحرم به، فيصير بإحرامه مُحرمًا؟ **فإنه يتخرّج على قولين:**

أحدهما: أنه لا يكون محرمًا بنفس [الفعل] (٤) ، حتى [يبتدئ] (٥) الإحرام، وهو ظاهر ما في «كتاب ابن المواز».

والثاني: أنه يكون محرمًا بنفس الفعل، وهو ظاهر قول سحنون.

فإن تمكن له الخروج [خرج] (٦) في الحال، وإلا بقى على إحرامه حتى يصيب الطريق، والحج والعمرة في ذلك سواء.

فإن لم يُقيد يمينه بوقت، مثل: أن يقول «إن [فعل] (٧) كذا وكذا فهو

---

(١) في أ: بحج.
(٢) في ب: أفعل.
(٣) في ب: أفعل.
(٤) في أ: الحج.
(٥) في ب: يجدد.
(٦) سقط من أ.
(٧) في ب: فعلت .

محرم «أو» أنا محرم بحجة وعمرة»:

أمَّا الحجَّ فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يحنث قبل أشهر الحج.

والثاني: أن يحنث في أشهر الحج.

فإن حنث قبل أشهر الحج:

أمّا في قوله: «فأنا محرم»، فلا خلاف أعلمه في المذهب: أنَّهُ لا يكون محرمًا بنفس الحنث، وإنما يكون محرمًا إذا دخل عليه أشهر الحج، لأنّ أشهر الحج وقتٌ للإحرام، وقبلها لا يجوز.

فإذا حنث قبل أشهر الحج: أخَّر، حتى تدخل أشهر الحج إلا أن يكون له نية، فيكون محرمًا يوم حنث، كما قال في «الكتاب»، غير أنَّهُ ينظر:

فإن كان أخر الخروج [بعد الحنث] [١] إلى دخول أشهر الحج، لم يصل ولم يدرك، لبعد بلده: فينبغي أن يخرج بغير إحرام، فإذا دخلت عليه أشهر الحج في طريقه أحرم.

فإن حنث في أشهر الحج، فإنَّ الإحرام يلزمه ويكلف الخروج، للوفاء بعهده وبيمينه.

وأمَّا قوله: «فأنا محرم» هل هو مثل قوله: «فأنا أحرم [أم لا][٢]؟.

فالمذهب على ثلاثة أقوال كُلها قائمة من المدونة:

أحدها: [أن قوله «فأنا مُحرم» كقوله «فأنا أحرم][٣]، فلا يكون محرمًا بنفس الحنث، وهو قول [ابن القاسم] [٤] في «كتاب الأيمان والنذور» لأن

---

(١) سقط من أ. (٢) سقط من أ.

(٣) في ب: أمنهما سواء.

(٤) في جـ: النخعي والشعبي.

قولـه: «محـرم» و «أحرم» سـواء اسمٌ لـلفـعل يـكون لـلمـاضي والحـال والاستقبال.

والثاني: أن قوله «أحرم» و «محرم» سواءٌ، يكون محرمًا بنفس الحنث، وهو قول سحنون وهو ظاهر قول ابن الـقاسم في كتاب «النكاح الأول» في باب « النكاح إلى أجل»، في قوله: إذا قال لها «إذا مضى هذا الشهر، فأنا أتزوجك، فرضـيت ورضى وليُّها»، قـال مالك: «هذا النكـاح باطل، ولا يقام عليه»، فظاهر قـوله: يقتضي أن يمضي الشهر ينعقد النـكاح بينهما من غير تجديد عقد، ولذلك قال مالك «الـنكاح باطل»، وهو تأويل الشيخ أبى محمد [عـبد الحق] [١] في «النكت»، ولو لم يكن الأمر كذلك لما احتاج أن يقول أنَّ النكـاح باطل أو لا عقد هناك، وإنَّما ذلـك مواعدة، والمواعدة في النكاح في غير عدة، لا أعرف في المذهب مَنْ منعها.

والثـالث: أنه يكون محرمًا بنفـس الحنث، في قوله: «أنا محرم»، ولا يكون بالحنث في قوله : « أنا أحرم حتى يبتدئ الإحرام»، فيُحمل قوله «أنا مُحرم» أي: صرتُ مُحرمًا، كقولهُ «فامرأتهُ طالق» أي: صارت ذات طلاق.

وأما العمرة يحنث بها الحالف، فلا يخلو حين حنثه من أحد وجهين:

أحدهما: أن يمكنه الخروج [ووجد أصحابه][٢].

والثاني: ألا يمكنه الخروج.

فـإن أمكنهُ الخروج، ووجد الأصحاب، فـلا خلاف أعلمهُ في المذهب نصًا أنَّهُ يُؤمر بالخروج، ولا يجوز له التأخير [إلا متأولاً] [٣].

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

فإن لم يمكنه الخروج، لعدم الصحابة، والطريق منقطعة، هل يلزمهُ الإحرام مع الافتقار، أو لا يلزمهُ إلا مع المشي؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يلزمه الإحرام بالحنث، وينتظر الخروج حتى يتمكن له، وهو قول سحنون، وبه قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب.

والثاني: أنَّهُ لا يلزمهُ الإحرام [إلا إذا] (١) تمكن [له] (٢) الخروج فيخرج ساعتئذ، وهو قول مالك.

وسبب الخلاف: الأمر المُطلق، هل هو على الفور أو على التراخي؟

فمن رأى أنهُ على الفور، قال: يحرم بنفس الحنث.

ومن رأى أنهُ على التراخي، قال: لا يُحرم حتى يخرج، وهو ظاهر فعل النبي ﷺ أنه **كان لا يحرم حتى تنبعث به راحلته** (٣)، ويتوجه للذهاب، وليس من السنة أن يحرم ويُقيم في أهلهِ، ولأنَّ عقد اليمين لم يتضمن الإحرام بالقول، وإنَّما استحسن تعجيلهُ.

وفي المسألة وجهٌ رابع: وهو أنَّ [يقول] (٤) عليه المشي، ولم يذكر مكة ولا المسجد، فقال ابن القاسم: «ولا شيء عليه».

وقال أشهب: «عليه المشي إلى مكة».

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) أخرجه البخاري (١٦٦) ومسلم (١١٨٧).

(٤) سقط من أ.

المسألة الثالثة

فيمن عجز عن المشي، فيركب [١]، فلا يخلو ركوبهُ من أن يكون اختيارًا أو اضطرارًا:

فإن كان ركوبه اختيارًا، فإنه يعود ثانية، ويمشي الطريق كله، ويهدي [و][٢] إن كان ركوبه اضطرارًا؛ [إما] [٣] لكونه عاجزًا عن مشي الطريق كله، [و] [٤] إمَّا لكونه مريضًا لا يُرجى برؤه، وإما لضعف اعتراهُ، فإنه يخرج [على تلك الحالة] [٥] ويحج راكبًا ويهدي، ولا عودة عليه [بعد ذلك][٦] لأن ذلك [غاية] [٧] مقدورة.

وكذلك إن كان [مريضًا] [٨] يرجى برؤهُ، إلا أنَّ نذرهُ كان في عام بعينه: فإنَّهُ يحج راكبًا، ويهدي ولا شيء عليه غير ذلك.

وإن كان نذرهُ في عام مضمون، مثل: أن ينذر أن يحج ولمْ يعين سنة، فعجز عن المشي [ففرقه][٩]، فلا يخلو تفريقهُ من أن يكون تفريق زمان أو تفريق مكان:

فإن فرقه تفريق زمان، مثل أن يمشي أشهرًا ويقعدُ أشهرًا، هل يجزئهُ أو يُعيد؟ **فالمذهب على قولين قائمين من المدونة:**

---

(١) المدونة (٣/ ٨٠ ـ ٨٣).
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ، جـ.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.
(٨) في ب: مرضه مرضًا.
(٩) في ب: وفرقه.

أحدهما: أنهُ يجزئهُ، ولا يلزمهُ العودة ثانية، وهو مشهور المذهب، لأنَّه قد مشى الطريق كُلَّهُ.

والثاني: أنَّهُ [يُعيد] [١] ثانية، ويهدي ولا يجزئهُ الذهاب الأول، وهو قول ابن حبيب، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة»، لأنه قال: فيمن ركب بعض الطريـق، «أنه [يعيد] [٢] ثانية، ويمشي مـا ركب، ويهدي لما فرق من مشيه»، وهذا مثل [قول] [٣] ابن حبيب الذي يقول: « إن تتابع المشي واجب، وهو بمنزلـة من عليه [صوم] [٤] شهرين متـتابعين»، وقول ابن القاسم في المدونة، مثل قول ابن حبيب، لأنَّ المشي قد وَفَّاهُ، فلا يُؤمر بالهدى إلا على القول بوجوب تتابع المشي.

وسبب الخلاف: المشي، هل يلزم تتابعهُ أم لا؟

فإن فرَّقهُ تفريـق مكان، مثل: أن يركب موضعًا، ويمـشي موضعًا، فلا يخلو ما ركب من أن يكون يسيرًا أو كثيرًا:

فإن كان يسيرًا، مثل: الأميـال أو (ق/ ١١٥ أ) البريد أو اليوم، فإنهُ يهدي ولا عودة عليه ثانيةً.

فإن كان ما ركب كثيرًا، فلا يخلو مـن أن يكون موضعهُ قريبًا من مكة أو بعيدًا منها:

فإن كان قريبًـا من مكة، مثل: المدينـة ونحوها، فهل يعود ثـانيةً ويمشي الطريق كله أو يمشي ما ركب خاصة؟ **فالمذهب على قولين**:

أحدهما: أنهُ يمشي ما ركب [خاصة] [٥] ، ويركب ما مشى، وهو قول

---

(١) في ب: يعود. (٢) في أ: يعود.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

ابن القاسم في «المدونة»، لأنه لم يفرق في «الكتاب» بين القُرب والبعد.

والثاني: أنهُ يرجع ثانية، ويمشي الطريق كله، وهو قول عبد الملك، وهو قول مالك في «كتاب محمد» أيضًا. وإن كان بعيدًا مثل: مصر [من](١) مكة، فهل يعيد ثانية أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: [ق/ ٥٩ب] أنهُ يعيد ثانية، ويمشي أماكن ركوبه، وهو قوله في «كتاب محمد»، وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أنه لا يكلف العودة أصلاً، وهو قوله في شرح «ابن مزين»، وهو ظاهر «المدونة» أيضًا، لأنه قال: «إذا علم أنه لا يقدر أن يستوعبه بمشيه ثانية لأجل المشقة ، فلا يكلف الرجوع ، ولا يكلفه على من كان موضعه أعظم وأصم.

وإن كان موضعه بعيدًا جدًا، مثل: إفريقية من مكة والأندلس من مكة، فلا يكلف الرجوع قولاً واحدًا، وهذا تحصيل بعض المتأخرين، ويشبه أن يكون تفسيرًا لما في«المدونة»، وربُك أعلم.

واختلف فيما إذا نزل مدينة أو منزلاً، هل له أن يركب في حوائجه أم لا؟ ؟ [قولان] (٢) **قائمان من المدونة:**

أحدهما: أن لهُ أن يركب في حوائحه، وهو نصً « المدونة » .

والثاني: أنه لا يجوز له أن يركب في حوائجه ولا في رجوعه لحاجة نسيها وراءه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة، [على اختلاف الروايات ونص ما في الكتاب. قال مالك: إذا أخر طواف الإفاصة لا يركب في رمي الجمار](٣)، ولا بأس أن يركب في حوائجه، قال ابن

---

(١) في أ: و. (٢) ساقطة من أ.

(٣) سقط من أ.

القاسم: «وأنا لا أرى به بأسًا، وإنما ذلك عندي بمنزلة ما لو مشى فيما وجب عليه، ثم أتى المدينة يركب في حوائجه أو رجع من الطريق في حاجة فيما قد مشى، فلا بأس أن يركب فيها، وهذا قول مالك الذي أحب أن [آخذ][١] به»[٢]، وفي رواية ابن عتاب: «يجب ونأخذ به»، ونص هذا في «كتاب الحج»: الذي أحب وآخذ به».

قال [القاضي] [٣] [ق/ ٩٧ جـ] أبو الفضل رحمه الله: «في هذا بيان وإشارة إلى الاختلاف من قوله: في الذي ركب في حوائجه أو في رجوعه لحاجته أنَّ لهُ قولاً آخر غير الذي أحب أن يأخذهُ، وهو ما لهُ منصوص في سماع ابن القاسم، في الذي يركب في المناهل أحب إليّ أن يهدي، قال ابن القاسم: «وبلغني عن مالك [أنه] [٤] كان يستثقل أن يركب فيها، يعني في الذي سقط بعض متاعه» [أو في حوائجه] [٥] ، فيتحصل له في «الكتاب» قولان: في ركوبه في الحوائج وفي حاجة نسيها، وهذا كله ينبني على الأصل الذي قدمناه في تتابع المشي، هل يجب [أم لا يجب. فافهم هذا التخريج فهو ظاهر لمن تأمل ما في الكتاب فإذا كلف الرجوع ثانية هل يجعل] [٦] مشيه الثاني [في] [٧] غير ما جعل فيه الأول أم لا؟ فلا يخلو من أن يكون نذرهُ مطلقًا أو مقيدًا:

فإن كان مطلقًا، مثل: أن يقول: عليّ المشي إلى مكة، ولم ينو حجًا

(١) في الأصل: يأخذ، والمثبت من المدونة.
(٢) المدونة (٣/ ٧٦) بتصرف يسير.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.

ولا عمرة»، فلا يخلو من أن يجعله في حج أو عُمرة:

فإن جعله في عُمرة، فله أن يجعل الثاني في غير ما جعل فيه الأول.

فإن جعله في حج، فلا يخلو ركوبه في المناسك أو دون المناسك:

فإن كان ركوبه في المناسك، هل يجعل الثاني في غير ما جعل فيه الأول أم لا؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أن يجعل الثاني في غير ما جعل فيه الأول [وهو قول مالك](١).

والثاني: أنهُ [لا يجعل الثاني في غير ما جعل فيه الأول] (٢) [وهو قول ابن القاسم](٣).

وسبب الخلاف: اختلافهم في ناذر المشي فمشى فجعله في [حجة](٤)، ثم فاته الحج، فهل يلزمهُ مشي المناسك قابلاً أو لا يلزمه؟.

فابن القاسم يقول: يلزمه، ومالك يقول: لا يلزمهُ فإن كان ركوبُه في غير المناسك، فله أن يجعل الثاني في غير ما جعل فيه الأول.

فإن كان نذره مقيدًا، مثل: أن ينوي بمشيه حجة أو عمرة:

فإن كان الأول حجًا، فلا خلاف أنهُ لا يجعل الثاني في غير ما جعل فيه الأول.

وإن كان الأول عمرة، فهل له أن يجعل الثاني في غير ما جعل فيه الأول؟ **فالمذهب على قولين:**

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: ليس له ذلك.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: عمرة.

أحدهـما: أنهُ لا يجعل الثاني في غير ما جعل فيه الأول، وهو مذهب «المدونة» وهو المشهور.

والـثانـي: أنَّ له أن يجعل الثانـي في حج، وإن كان الأول عمرة، لأنَّ عمل [الحج] [1] يأتي [على عمل] العُمرة وزيادة، وهو قول ابن حبيب.

(١) في أ: العمرة.

المسألة الرابعة

فيمن قال: أنا أحمل فلانًا إلى [مكة] [١] أو: أنا أحج به [٢] ، ففي هذه المسألة ثلاثة أسئلة:

فالسؤال الأول: إذا قال «أنا أحملُ فلانًا إلى بيت الله».

والثاني: إذا قال «أنا أحج بفلان».

والثالث: إذا قال «أنا أحج فلانًا».

فالجواب عن [السؤال] [٣] الأول: إذا قال: «أنا أحمل فلانًا إلى بيت الله»، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ينوي بذلك حمله [على] [٤] عنقه.

والثاني: أن ينوي بذلك حملهُ في ماله.

والثالث: ألا يكون له نية.

فأما الوجه الأول: إذا نوى حملهُ على رقبته، فإنه يحج ماشيًا ويهدي، وهل الهدى في حقه واجب أو [مستحب] [٥] ؟ **فعلى قولين قائمين من المدونة:**

أحدهما: أن الهدى عليه واجب، وهو ظاهر قوله في هذه المسألة.

والثاني: أن عليه الهدى استحبابًا، وهو قولهُ في الكتاب، فيمن نذر أن يمشي إلى بيت الله حافيًا راجلاً، فإنه ينتعل:

---

(١) في ب: بيت الله.

(٢) انظر «المدونة» (٣/ ٨٤ ـ ٨٥).

(٣) سقط من أ.

(٤) ساقطة من الأصل.

(٥) في أ: استحباب.

فإن أهدى: فحسن، وإن لم يهد: فلا شيء عليه وحمل المشقة هو المقصود في كلا الموضعين.

وأما [الوجه] (١) **الثاني**: أن ينوي بذلك حمله في ماله دون رقبته، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن [ينوي أن] (٢) يحج معهُ.

والثاني: أن ينوي بذلك حملهُ في مالهِ خاصة.

والثالث: ألا يكون له نية أصلاً.

فإن نوى أن يحج معه، فلا إشكال أنه يحج راكبًا، ولا هدى عليه.

فإن أحب الرجل أن [يحج] (٣) معه زودهُ، وإن أبى فلا شيء عليه إلا أن يحج بنفسه.

فإن نوى إحجاجه [بنفسه من ماله] (٤) خاصة، دون أن يحج [هو](٥) معه، فهذا أيضًا مما لا إشكال فيه: أنه لا شيء عليه، لا حج ولا هدى إلا أن يُزَوِّدُ الرجل من ماله خاصة، فإن أبى الرجل أن يحج: فلا شيء عليه.

وهذا معنى قول علي بن زياد في «المدونة».

فإن نوى ألا يحمله على رقبته، ولم تكن له نية فيما عدا ذلك، فلا إشكال أنه: يلزمه إحجاج الرجل من ماله إن أحبَّ أن يحج، وهل يلزمه هو الحج في نفسه أم لا؟ فهذا مما اختلف تأويل [حذاق] (٦) المتأخرين فيه

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: يمشي.
(٤) في أ: بذلك.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

في «الكتاب»، لأنه قال في «المدونة»: «وإن لم ينو حمله على عنقه، حج هو راكبًا، وحج بالرجل معه، ولا [هدى] [١] عليه».

فبعض المتأخرين يقول: «إنما ألزمهُ الحج في نفسه لأنهُ نواهُ، ولو لم ينوه لكان لا شيء عليه».

وبعضهم يقول: يلزمه الحج، بظاهر لفظه كأنه أراد السير معه إلى بيت الله، ويدل عليه قوله في «الكتاب»: « أنا أحج بفلان» أوجب [عليه] [٢] من قوله: «أنا أحملهُ» ـ لا يريد على عنقه، وذلك يدل على أنه يلزمه الحج في الأمرين جميعًا، إلا أن أحد اللفظين أظهر من الآخر في الوجوب، لأن قوله: «أحج بفلان»، يفيد السير معه، والمشي في صحبته مع ما يناله من الرفق بماله، وهذا أظهر احتمالات اللفظ.

وقوله: «أنا أحمله»، ولم يرد بذلك على عنقه، فأظهر الاحتمالات أن يحمله في ماله، ويزوده منه دون أن يسير معه.

ولا شك ولا خفاء أنَّ: لفظة «الحمل» مشتركة بين العرف اللغوي والعرف الشرعي:

فالعرف اللغوي: الحملُ على الرقبة، والعرف الشرعي: الحملُ في المال، كما قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: «حَمَلْتُ على فرس عتيق في سبيل الله [٣] »، قال الله تعالى: ﴿ وَلا عَلَى الَّذِينَ إِذَا مَا أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ لا أَجِدُ مَا أَحْمِلُكُمْ عَلَيْهِ تَوَلَّوْا ... ﴾ [٤] ، واللفظة إذا وردت ولها عرفان: لغوي وشرعي، فإنما تحمل على الشرعي عند كثير من الأصوليين، ولهذا اعتبر

---

(١) في أ: شيء.

(٢) سقط من أ.

(٣) أخرجه البخاري (١٤٩٠) ومسلم (١٦٢٠).

(٤) سورة التوبة الآية (٩٢).

«مالك» نية الحالف، فإذا لم تكن له نية: رجع في ذلك إلى العرف الشرعي.

وأما الوجه الثالث: إذا لم تكن له نيةٌ أصلاً، لا في حملهِ على رقبته، ولا في حمله [في ماله]، هل يغلب في ذلك العرف الشرعي خاصة أو لابد من ملاحظة الأمرين؟ **فهذا مما يتخرج على قولين:**

أحدهما: تغليب العرف الشرعي، ويحججه من ماله، ويحج هو راكبًا، وهو ظاهر «الكتاب» على الخلاف الذي قدَّمناه في حجه هو.

والثاني: أنهُ لا بد من ملاحظة الشقين واعتبار الأمرين، ويحج الحالف ماشيًا، ويحج الرجل من ماله راكبًا.

والقولان: مخرجان، والتخرج ظاهر لمن أنصف.

والجواب عن [السؤال] [١] **الثاني:** إذا قال أنا أحج بفلان إلى بيت الله، فإنَّ الحالف يحج هو راكبًا، ويحج بالرجل معه من ماله، إلا أن يأبى، وإنما يلزمه الحج في نفسه: لقوله: «أنا أحج»، ولزمه أن يحج بالرجل: لقوله: «بفلان».

والجواب عن [السؤال] [٢] **الثالث:** إذا قال: «أنا أحج فلانًا إلى بيت الله»، فلا خلاف أنه: لا يلزمه الحج في نفسه، لأنه لم ينذره ولا التزمه، وإنما يلزمه إحجاج الرجل من ماله، فإن أبى : فلا شيء عليه [وعليه أكثر الرواة][٣].

---

(١) في أ، ب: الوجه.
(٢) في أ: الوجه.
(٣) سقط من أ.

المسألة الخامسة

إذا قال عليه السير أو الانطلاق أو الذهاب إلى مكة [١]، والكلام في هذه المسألة في فصلين:

أحدهما: في معرفة ما يجب عليه المشي من الألفاظ.

والثاني: في معرفة ما يلزمه المشي [إليه] [٢] من المواضع المنذورة.

فالجواب عن [الفصل] [٣] الأول: في معرفة ما يجب به المشي من الألفاظ المنذورة: ولا خلاف في لفظ «المشي» إذا نوى به الحج أو العُمرة: أنَّهُ يلزمه.

واختلف فيما لم تكن له نيَّة، فالمشهور أنه يلزمه المشي، ولأشهب في «كتاب محمد»: «لا [شيء] عليه»، وقد قدَّمناهُ.

وأمَّا ما عداهُ من الألفاظ: كالذهاب والانطلاق والمسير والرُكوب والإتيان والضرب وغير ذلك من الألفاظ التي يفهم منها المشي، فلا يخلو من أن يريد بذلك العمرة أو الحج [أو] [٤] لا.

فإن قال: «عليه الذهاب إلى مكة»، ونوى بذلك حجًا أو عُمرة: فلا خلاف في المذهب أنه يلزمه إتيان مكة بحج أو عمرة إن شاء ماشيًا وإن شاء راكبًا.

وكذلك سائر الألفاظ التي ذكرنا.

فإن لم تكن له نية، هل يعطى لهذه الألفاظ حُكم المشي؟

---

(١) المدونة (٣/ ٨٨).

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: بأس.

(٤) في ب: أم.

فالمذهب على قولين منصوصين في «المدونة»:

أحدهما: أنه لا يلزمه إتيان مكة في جميع هذه الألفاظ، وهو قوله في المدونة.

والثاني: أنه يلزمه الإتيان في جميع [هذه الألفاظ] [١] حاجًا أو معتمرًا، وهو قول أشهب، ونص ابن القاسم فيها في الركوب أيضًا.

واختلف المتأخرون: هل اختلف قول ابن القاسم في سائر الألفاظ، كاختلافه في الركوب؟

فمنهم من قال: إنما اختلف في الركوب خاصة دون ما عداه، وهو ظاهر تأويل أبي عمران الفاسي، وهو (ق/ ١١٦أ) قول ابن المواز [٢] من متقدمي الأصحاب، وقد سئل أبو عمران الفاسي: «لم اختلف قول ابن القاسم في ناذر الركوب إلى مكة، ولم يختلف قوله في الذهاب والانطلاق ونحوه؟ فقال: «يحتمل أن يحمل على قوله تعالى: ﴿ وَأَذِّن فِي النَّاسِ بِالْحَجِّ يَأْتُوكَ رِجَالاً وَعَلَىٰ كُلِّ ضَامِرٍ ﴾ [٣]، فذكر المشاة والركبان، فكان الركوب في اللفظ أمام المشي، وذلك جيد في المخاطبات، كقولهم: «حافيًا منتعلاً»، ويحتمل أيضًا أن يكون: إنما وجد الخلاف في الركوب منصوصًا، فيقاس عليه باقي الألفاظ.

ومنهم من يقول: إن ابن القاسم اختلف في الجميع، وأن له قولة أخرى، مثل قول أشهب، وهو الصحيح، وله في «المدونة» شواهد تدل على ذلك مع ماله منصوص في الأمهات مع ما نقله بعض مشايخ المذهب:

منها قوله في «المدونة»: «قال سحنون»: وقد كان يختلف في هذا

---

(١) في أ: ذلك.

(٢) النوادر (٤/ ٢٨ ـ ٢٩).

(٣) سورة الحج الآية (٢٧).

القول على رواية فتح الياء وكسر اللام - يريد ابن القاسم، وفيه رواية أخرى بضم الياء وفتح اللام، وقد وقع مُبينًا في بعض النسخ، وقد كان ابن القاسم يختلف قوله، ثم ذكر قول أشهب.

وقد اختلف فيما اختلف فيه ابن القاسم، ويؤخذ من «المدونة» (١) أيضًا، من قوله: «أنا أضرب بمالي حطيم الكعبة»، فقال: «يلزمه الحج أو العمرة، ولم يشترط في ذلك نية»، واختصر المسألة حمديس على أن قوله اختلف في جميع الألفاظ، وعليه تأويل ابن لُبابة، وقد حكى القولين [عنه](٢) ابن حارث، وقد روى سحنون وابن رشد [عنه](٣) مثل قول أشهب.

قال [القاضي](٤) أبو الفضل عياض: وأكثر المختصرين على أنَّ الخلاف في الركوب وحده. وعلى القول: بأنه يلزمه الإتيان في الركوب، هل يجوز له المشي إذا أراد أن يحمل المشقة على نفسه أو لا؟

[فظاهر] (٥) قول ابن القاسم: أنه يجوز له أن يؤثر المشي على الركوب إذا اختاره، ولأنه اختار الأثقل على الأخف.

وأشهب يقول: «لا ينتقل عن الركوب إلى المشي، لأنه خفف عن نفسه مؤنة الكراء والشراء، وهو نفقة وجبت عليه لله تعالى أن يخرجها في طاعة الله تعالى سبحانه [فوجه القول الأول بمساواة هذه الألفاظ أن المقصود منها الوصول إلى مكة فمشى. فهم أن المقصود منها إتيان مكة فأمر بإتيانها كما لو عبر بلفظ المشي والاعتبار بالمعاني لا بالألفاظ] (٦).

(١) (٣/ ٩٨).
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ .
(٦) سقط من أ، جـ.

ووجه القول الثاني: أن لفظة «المشي» [مفهومة مشهورة] [١] في عرف الاستعمال، إذ العادة الجارية والسنة المطردة أن من حلف بالمشي إلى مكة، أنه قصد إتيانها، لإحدى العبادتين: إما حجة وإما عمرة.

وما عدا هذا من سائر الألفاظ بخلاف ذلك حتى ينوي، وذلك من باب التخصيص بالعبادة.

والجواب عن [الفصل] [٢] الثاني: في معرفة ما يلزم المشي إليه من المواضع، وقد قال النبي ﷺ: **«لا تشد المطي إلا إلى ثلاثة مساجد، المسجد الحرام ومسجدي هذا ومسجد بيت المقدس، أو إيليا شك من الراوي»** [٣].

ومعنى قوله ﷺ: **«لا تُستعمل المطى»** [٤] أي: لا [يتكلف] [٥] السفر، لأن المطايا لا تُستعمل إلا للأسفار البعيدة التي يحتاج فيها إلى استعداد المراكب والأزواد، وسواءٌ كانت معهُ راحلة أم لا .

فإذا نذر المشي إلى غير هذه المساجد الثلاثة، فلا يجوز له الوفاء به، لأن ذلك نذر معصية، ويؤمر أن يعكسه في طاعة، إلا أن ينذر المشي إلى ساحل من [السواحل][٦]، فإنه يؤمر بالوفاء، وإن كان من أهل مكة والمدينة أفضل [لكون][٧] السواحل فيها [الحرس] [٨] على المسلمين وسدٍّ

(١) في ب: معروفة.
(٢) في أ: الوجه.
(٣) أخرجه البخاري (١١٨٩) ومسلم (٨٢٧) بلفظ: «لا تشد الرحال» وأخرجه أحمد (١١٩٠١) والبخاري في «التاريخ الكبير» (٣/ ٢١٠) وعبد بن حميد في «المسند» (٩٥١) والطبراني في «الكبير» (٢١٦١) ومسند الشاميين (١٥٣٨) من طرق بلفظ: «لا تشد المطى».
(٤) لم أقف عليه بهذا اللفظ.
(٥) في ب: يكلف.
(٦) في ب: سواحل الكر.
(٧) في أ: لكن.
(٨) في ب: الحرص.

الثغور، وهو معنى لا يوجد بالمدينة [ولا بمكة] [١].

فإذا نذر المشي إلى أحد المسجدين، مسجد الرسول [ق/ ٩٨ جـ] أو مسجد إيليا، فلا يخلو من أن يذكر المسجد أو لا يذكره:

فإن ذكر المسجد أو لم يذكره، إلا أنه [قصد] [٢] الصلاة في مسجد ذلك الموضع: فلا خلاف أعلمه في المذهب في وجوب الإتيان [عليه][٣]، إلا ما ذكر عن إسماعيل القاضي؛ أنه لا يلزمه شيء إلا أن يشاء [أن][٤] يركب.

وإنما الخلاف في الركوب، هل يجوز له إذا نذر المشي أم لا؟

على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يركب ولا يمشي، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه يمشي ولا يركب، وهو قول ابن وهب في «الكتاب» أيضًا.

والثالث: التفصيل بين القُرب والبُعد:

فإن كان قريبًا، مثل: الأميال اليسيرة، مشى.

وإن كان بعيدًا، ركب.

وهو قولٌ حكاهُ ابن المواز في «كتابه».

وهذا الخلاف ينبني على الأصل الذي قدمناه في التخصيص بالعادة، وذلك أن العادة إنما جرت بالمشي إلى مكة، فيطالب الناذر بمقتضى لفظه، والقضى عن عُهدة لفظه.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: نوى.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: و

وإن لم يذكر المسجد، ولا قصد الصلاة في ذلك الموضع. أما مسجد النبي ﷺ ومسجد بيت المقدس، فلا يلزمه إتيانهما جملة وأما مكة فقد اضطربت أجوبة «الكتاب» وألفاظه في ناذر المشي إلى بعض [مواضع مكة][١]، وقد قال ابن القاسم: «إذا قال عليه المشي إلى مكة والمسجد الحرام أو البيت أو الكعبة أو الحجر أو الركن: لزمه.

وإن قال إلى الصفا أو المروة أو الزمزم أو المقام أو منى أو عرفات: لم يلزمه».

فألزمه: ابن القاسم المشي إذا قال: إلى مكة، وهي القرية، وأسقط عنه: إذا قال الصفا والمروة، وهما داخلان في القرية، وهما من مشاعر الحج أيضًا، وألزمه: إذا قال المسجد، وأسقطه عنه: إذا قال الزمزم أو المقام، وهما داخلان في المسجد، وهذا كله اضطراب واختلاف وتناقض من القول، وتحصيل في ذلك أنه مهما ذكر البيت أو جزءًا من أجزائه: فلا خلاف في [المذهب] [٢] في وجوب المشي عليه، من غير اعتبار نية.

واختلف فيما كان متصلاً بالبيت، كالحجر والحطيم: **على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أن له حكم البيت، وهو تأويل أبي محمد بن أبي زيد [٣] على «الكتاب»، وهو ثابت في الحجر في بعض الروايات [في «كتاب النذور»][٤]، ولا يكون المشي إلا على من قال: مكة، إلى أن قال: أو الحجر أو الركن، وهما ثابتان في «كتاب الحج» ونص في «المدونة» في كتاب

---

(١) في أ: المواضع.
(٢) في ب: المدونة.
(٣) النوادر (٤/ ٢٩).
(٤) في ب: هاهنا.

الصلاة الأول: «أن الحجر حكمه حكم البيت».

والثاني: أن الحجر والحطيم لا يلزمه المشي [إليهما] [١]، وهو قول ابن حبيب [وقد تأول ما قاله ابن حبيب] [٢]، على أنه اختلاف حال، ويكون قوله وفاق «المدونة»، ويحمل قوله: على أن الحجر والحطيم من البيت، لأن الحطيم ما بين الباب إلى المقام.

فتكلم ابن القاسم على: ما اتصل منه بالبيت.

وتكلم ابن حبيب على: أوله مما بان عن البيت.

وكذلك الحجر، لأن منه ما هو من البيت، ومنه ما ليس منه، وإنما أدخل احتفاظًا واحتياطًا، كذا ذكر المحدثون والمؤرخون، فكأنه جعل غاية مشيه [إلى] [٣] أوله، كقوله «إلى الحرم»، ولا شك أن البيت من الحرم، متصل به، وإنما سمي بالحطيم: لتحطم الناس فيه عند الطواف والركوع، وإذا ذكر المسجد: لا [شك أنه] [٤] يلزمه وكذلك مكة، فكان يجب أن يلزمه المشي متى ذكر شيئًا مما هو داخل المسجد، كما قال في الكعبة، وهو تأويل ابن لبابة على «المدونة»، وهو خلاف منصوص [فيها فيكون] [٥] فيما إذا ذكر شيئًا مما هو في المسجد: قولان، وكذلك أيضًا في القرية: أن يلزمه المشي مهما ذكر [شيئًا] [٦] مما هو داخل فيها، كالصفا والمروة أو غيرهما، وهو قول أصبغ.

---

(١) في أ: فيهما.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: على.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

وتغالى ابن حبيب حتى قال(١): يلزمه المشي، متى ذكر الحرم أو بعض ما هو داخل فيه، كمنى ومزدلفة، ولا يلزمه فيما هو خارج عنه إلا عرفة، فإنه يلزمه المشي إذا ذكرهُ وإن كان في الحل، لأنه من مشاعر الحج، فيتحصل في المسألة على هذا الترتيب أربعة [أقوال] (٢).

أحدها: أنه يلزمه [في الحرم] (٣) ما حوى ولا يلزمه فيما هو خارج عنه [إلا عرفات](٤)، وهو قول ابن حبيب.

والثاني: أنه لا يلزمه إلا في القرية وما [حوته] (٥) دون ما كان خارجًا، عنها، وهو قول أصبغ (٦) .

والثالث: أنه لا يلزمه إلا في ذكر القرية [نفسها] (٧) ، ولا يلزمه فيما هو داخل فيها، إلا المسجد وما فيه، وهو تأويل ابن لبابة على «المدونة»، ونص ابن القاسم فيما هو خارج المسجد [وداخل القرية] (٨).

والرابع: أنه لا يلزمه إلا من ذكر مكة أو المسجد أو الكعبة وأجزائها، وهو مشهور قول ابن القاسم في «المدونة» وغيرها.

وسبب الخلاف: هل النظر إلى ما يقتضيه مجرد اللفظ أو النظر إلى ما جرت العادة بإتيانه في تلك الأماكن؟

فمن نظر إلى ما يقتضيه مجرد اللفظ، قال: لا يلزمه شيء.

---

(١) النوادر (٤/ ٢٨ ـ ٢٩).
(٢) في أ: أوجه.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في ب: داخلها.
(٦) النوادر (٤/ ٢٩).
(٧) في ب: بعينها.
(٨) في أ: وداخله.

ومن نظر إلى ما جـرت العادة بفعله هناك، قال: يـلزمه إذا ذكر ما هو المقصود بالعادة، فـكل منهم بناه على ما هو المقصود عـنده. وبالله التوفيق والحمد لله وحده.

المسألة السادسة

في ناذر الهدى (١) ، ولا يخلو ناذر الهدى من وجهين:

أحدهما: أن ينذر هدى ما لا يصح هديهُ.

والثاني: أن ينذر هدى ما يصح هديهُ.

فإن نذر هدي ما لا يصح هديهُ، إما عادة وإما شرعًا، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون ذلك لحرمتهِ في نفسه [ق / ٦٠ ب].

والثاني: أن يكون ذلك لصفةٍ هو عليها.

فإن كان ذلك لحرمتهِ في نفسه، ولصفةٍ هو عليها شرعًا كالحُر، فهل يلزمه أم لا؟ **قولان قائمان من «المدونة»** :

أحدهما: أنه يلزمه الهدي، وهو قول مالك: [في المدونة] (٢) إذا قال [الرجل](٣): «أنا أهديك إلى بيت الله، إن فعلت كذا وكذا».

والثاني: أنه لا شيء عليه، لأنه نذر معصية، وهو قول [ابن] (٤) عبد الحكم، وهو أحد قولي مالك في «كتاب الصيام»، فيما إذا نذر صوم ما لا يصح صومه، مثل: صوم يوم النحر ويوم الفطر.

وسبب الخلاف: القصد إلى التقرب بما لا تصح القربة به شرعًا، هل هو قصد إلى البدل أم لا؟

فإن كان ذلك لصفة هو عليها في نفسه عادة، فلا يخلو من أن يكون

---

(١) المدونة (٣/ ٨٩ ـ ٩٠).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

ذلك في ملك نفسه أو في ملك غيره:

فإن كان ذلك في ملك غيره، مثل أن يقول: «عبد فلان [أو داره هدي]»[١]، فهل يلزمه إخراج البدل أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه لا يلزمه البدل، وهو نص «المدونة»[٢].

والثاني: أنه يلزمه البدل، ويؤخذ من قوله: في الحر، إذ لا فرق بينهما، لأن معنى قوله: «أنا أهديك»، أي: «أنا أنحرك»، ولا فرق [بين][٣] أن يقول ذلك لحرٍ أو لعبدٍ، إلا أن يقال لما كان يصح أن يباع ويشترى بثمنه هدى، فكأنه أراد بالهدي ثمنه، وهو لا يملكه ولا يلزمه شيء، كالقائل، عبد فلان ومال فلان صدقة، وقال النبي ﷺ: «**لا نذر في معصية، ولا فيما لا يملك ابن آدم**»[٤].

فإن كان ذلك في ملك نفسه، مثل: أن يقول: «عبدي أو داري هدي»، أو ذكر من العروض ما لم تجر العادة بهديه، فإنه: يبيعه [ويشتري هديًا. وهل يجوز أن يمسكه ويخرج قيمته أم لا؟ قولان قائمان من المدونة أحدهما: يجوز أن يمسكه][٥]، ويخرج ثمنه، وهو ظاهر في قوله في «الكتاب»: «إذا حلف فحنث، أخرج ثمن ذلك كله [ق / ١١٧أ] فبعث به أو اشترى به هديًا، وهو قوله في «كتاب الحج [أيضًا]»[٦].

وقوله «أخرج ثمنه» ظاهره: أنه من عنده، وهو نص المذهب في غير «المدونة»، على ما نقله الشيخ أبو إسحاق التونسي وغيره.

---

(١) سقط من أ.
(٢) (٣/ ٨٩).
(٣) سقط من أ.
(٤) أخرجه مسلم (١٦٤١).
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

والثاني: أنه يبيعه ويشتري بثمنه هديًا، وهو نص «المدونة»، وظاهر هذا القول أنه [لا يجوز] [(١)] إمساكه وإخراج قيمته.

وقد ذكر ابن المواز القولين عن مالك[(٢)]، ولا فرق في جميع ذلك بين أن يكون بيمين أو بغير يمين.

وسبب الخلاف: هل ذلك من باب شراء المرء صدقته أم لا؟

فإذا باعه أو أخرج قيمته من عنده، فلا يخلو من وجهين:

إما أن يبلغ ذلك ثمن هدى أو لا يبلغ:

فإن بلغ ثمن هدي، فإنه يبعث به لمن يشتري به هديًا من حيث يبلغ إلى مكة.

فإن عجز عن ثمن هدي أو اشترى هديًا، وفضلت فضلة لا تبلغ ثمن هدى آخر، هل يبعث بها أو يتصدق حيث هو؟ **قولان في الكتاب**:

أحدهما: أنه يبعث بها إلى خزنة الكعبة، وهو قولُ مالك في «الكتاب».

والثاني: أن يتصدق بتلك الفضلة حيث هو، ولا يبعث بها، وهو قول ابن القاسم في الكتاب أيضًا.

وفي المسألة قول ثالث: وهو أن يتصدق بها على مساكين مكة، وهو اختيار أبي الحسن اللخمي.

ووجه قول مالك: أنه شيء نذر صرفه إلى مكة، فعجز عن ثمن هدي، فكان صرفه حيث هو أولى، إذ لاحق إلى الكعبة، كما لو قال: «مالي في طيب الكعبة أو كسوتها».

---

(١) في ب: يجوز.

(٢) النوادر (٤/ ٣٣).

ووجه قول ابن القاسم: أنه لم ينذر للكعبة شيئًا، ولا بلغ ثمن هدي، فكان صرفه حيث هو أولى لمساكين مكة.

ووجه قول أبي الحسن اللخمي: أنه لو اشترى به الهدي، لكان مساكين مكة أولى بلحمه، فهم بذلك الثمن أولى وقال أيضًا: «لو [اشترك به][1] في هدي، لكان وجهًا».

وأما الوجه الثاني من أصل التقسيم: وهو أن ينذى هدي ما يصح هديه، كالإبل والبقر والغنم، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يقصد بذلك مكة.

والثاني: أن يقصد به غير مكة من سائر البلدان.

فإن قصد به مكة، فلا يخلو من أن يكون بموضع تصل منه الهدايا لقربه أو بموضع لا تصلُ منه:

فإن كان بموضع تصل منه لقربه: فلا خلاف أنه ينفذها ويبعث بها.

فإن كان في موضع لا تصل منه لبعده: فإنه يبيعها ويشتري بأثمانها أمثالها أو أفضل منها من [موضع] [2] [يغلب] [3] على ظنه أنها تصل منه ويشتري بثمن الإبل إبلاً، ولا يشتري بثمن البقر بقرًا، حتى يعجز عن الإبل، ولا بثمن الغنم غنمًا حتى يعجز عن الإبل والبقر، لأن ذلك أفضل، ولأن الإبل أعلى الهدايا وأدناها الغنم على ما نص عليه مالك في «كتاب الحج»: «أنه إذا نذر هديًا، فإن الشاة تجزئه، يريد وإن قدر على البدنة».

فإن قصد بنذره غير مكة، مثل: أن يقول: «لله على هدى لمساكين

---

(١) في أ: اشتراه.

(٢) في أ: حيث.

(٣) في أ: تبلغ.

الأندلس أو لمساكين إفريقية» فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يقصد بذلك الرفق لمساكين تلك البلدة أو قصد تعظيمها.

فإن قصد الرفق بمساكين تلك البلدة، فهل يجوز له السوق إليها أم لا؟ **قولان:**

أحدهما: أن ذلك جائز، وهو قول مالك في «كتاب محمد».

والثاني: أن ذلك [غير] [١] جائز، وهو قول مالك في «المدونة» [حيث قال] [٢] وسوق البدن إلى غير مكة من الضلال.

فإن قصد بذلك تعظيم تلك البلدة، [وتفخيمًا] [٣] لشأنها: فلا خلاف في منع ذلك، لأن ذلك من خصائص مكة [وبذلك] [٤] وأمثاله شرفها الله تعالى. والحمد لله وحده.

(١) ساقطة من الأصل.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: تعجيلها.
(٤) سقط من أ.

المسألة السابعة

إذا حلف بصدقة ماله(١)، فلا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها: أن يعين جميع ماله للصدقة.

الثاني: أن يعم جميعه دون تعيين.

الثالث: أن يعين البعض [ويهمل البعض] (٢).

الرابع: أن يتصدق [بالبعض] (٣) ويترك البعض.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا عين جميع ماله للصدقة، مثل: أن يقول: «داري صدقة» ولا مال له سواها، أوقال: «داري وعبدي [ودابتي](٤)»، حتى أتى على جميع ماله هل يلزمه إخراج الجميع أو لا يلزمه؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أنه يلزمه إخراج جميع ماله، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنه لا يلزمه إلا قدر الثلث، وهي رواية رواها ابن الجلاب عن مالك(٥).

والثالث: أنه يخرج منه ما لا يضره إخراجه، على حسب قلة المال وكثرته، وهو قول سحنون.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا عم جميع ماله دون تعيين، مثل: أن يقول «مالي صدقة في يمين أو في غير يمين»، فإنه يجزئه من ذلك الثلث،

---

(١) انظر: «المدونة» (٣/ ٩٤ ـ ٩٥).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) التفريع (١/ ٣٨٠).

ولا يلزمه أكثر، ولا خلاف في ذلك عندنا، لحديث أبي لبابة.

وكان يجب إذا عين، حتى أتى على جميع ماله ألا يلزمه إلا الثلث خاصة من غير خلاف، إذ لا فرق في التحقيق بين أن يعين أو يعم، ولا يعين إلا أن يكون هناك [سنة] [١]، فيجب المصير إليها.

والجواب عن الوجه الثالث: إذا عين البعض وعم البعض، مثل: [ق/ ٩٩جـ] أن يقول: «عبدي صدقة، وجميع مالي صدقة»، ففي ذلك قولان:

أحدهما: أنه يخرج العبد، وثلث ما بقى من ماله، وهو قول مالك [في الكتاب][٢].

والثاني: أنه يخرج ثلث العبد، وثلث ما بقى من ماله، وهي رواية ابن الجلاب [٣] [عنه] [٤].

والجواب عن الوجه الرابع: إذا تصدق بالبعض، وترك البعض، فهل يخرج [جميع] [٥] ذلك البعض أو يقتصر على ثلثه؟ **قولان أيضًا**:

أحدهما: أنه يتصدق بجميع ذلك البعض، وإن كان أكثر [من الثلث][٦]، مثل أن يقول: «مالي صدقة إلا درهمًا»، وهو مذهب «المدونة».

والثاني: أنه إذا سمى أكثر من الثلث، اقتصر على الثلث، مثل: أن يقول: «نصف مالي»، وهذا القول حكاه ابن وهب عن مالك في

---

(١) في جـ: حجة أو قرينة.

(٢) سقط من أ.

(٣) التفريع (١/ ٣٨٠).

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ.

«النوادر»[١].

وهذه كلها أقوال مجردة لا دليل لها.

فرع: فإن حلف بصدقة ماله، فلم يحنث، حتى حلف بثلث ماله فحنث في اليمينين جميعًا: أجزأه ثلث واحد، لأن جميع المال في حين اليمين الثانية على ملكه، وإنما كرر اليمين في شيء واحد.

ولو حلف بثلث ماله فحنث: فإنه يخرج ثلث الجميع عن اليمين الأول، ثم ثلث الباقي عن اليمين الثانية.

واختلف إذا حلف بصدقة ماله، فحنث [ثم حلف بصدقة ماله فحنث] هل يجزئه ثلث واحد أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أنه يجزئه ثلث واحد، وهو قول ابن كنانة.

والثاني: أنه يخرج عن الأولى ثلث جميع ماله، ثم يخرج عن الثانية ثلث الباقي، وهو قول أشهب.

وهذا الخلاف داخل في المسألة، التي فوق إذا حلف بثلث ماله فحنث ثم حلف بالثلث مرة ثانية ثم حنث، ولا فرق بين السؤالين.

فرع: ولو حلف فحنث، وماله مائة ثم حلف وحنث، وماله مائتان، ثم حلف وحنث، وماله ثلاثمائة، فليس عليه إلا مائة واحدة، ولو حنث أولاً، وماله مائة، ثم حنث ثانية، وماله ستون، ثم حنث ثالثة وهو أربعون، فليس عليه إلا ثلث المائة التي حلف فيها أولاً إلا أن يبقى بيده أقل من ثلثها، فلا شيء عليه غير ما بيده، إلا أن يكون تلف بسببه، فيلزمه وهو دين عليه.

فإن حنث في يمينه، وقد زاد المال أو نقص، فلا تخلو زيادته من أن

(١) (٤/ ٣٥).

تكون اختيارية أو اضطرارية:

فإن كانت [اختيارية] [١] مثل: أن يقيد [المال] [٢] بفائدة أو بربح من تجارة اتجر فيها، فعليه ثلثه يوم حلف.

فإن كانت زيادته اضطرارية، كالولادة في الحيوانات أو ميراثًا ورثه، فعليه ثلثه يوم حنث، وهو قول مالك في «العتبية» [٣] وكتاب «ابن حبيب» في لولادة، والميراث كالولادة.

فإن نقص المال بعد حنثه [أو نقص بعد اليمين وقبل الحنث. فإن نقص المال بعد حنثه] [٤]، فلا يخلو ذلك من أن يكون بسببه أو بغير سببه:

فإن كان ذلك بسببه، مثل أن ينفقه أو فرط فيه حتى ضاع، فهل يضمن أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه ضامن، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنه لا ضمان عليه، ولا يتبع بذلك دينًا، وهو قول أشهب.

والقولان: في كتاب «ابن المواز».

فإن كان ذلك بغير سببه ولا تفريط منه، فإنه: لا شيء عليه، ولا يتبع بشيء.

فإن نقص بعد اليمين وقبل الحنث، فلا يخلو يمينه من أن تكون على بر أو على حنث:

فإن كانت يمينه على بر، مثل قوله «إن فعلت كذا» أو لا فعلت، فلا

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) البيان والتحصيل (٣/ ٢١٨).

(٤) سقط من أ.

ضمان عليه فيما تلف قبل الحنث سواء كان ذلك بسببه أو بغير سببه:

فإن كانت يمينه على حنث، مثل قوله: «إن لم أفعل» أو «لأفعلن» فهو كتلفه بعد الحنث، إن كان بغير سببه فلا ضمان عليه، وإن كان بسببه، إما بمباشرة الإنفاق، وإما بتفريط فقولان أيضًا، ونص ابن حبيب في «كتابه»[1]: أن التفريط غير مؤاخذ به، ونص ابن القاسم وسحنون على أنه: مؤاخذ بالتفريط، مثل الزكاة.

فهذه فروع لا يستغنى الناظر عنها في هذا الباب.

والله الموفق للصواب [والحمد لله وحده][2].

---

(١) انظر: «النوادر» (٤/ ٣٨).

(٢) زيادة في جـ.

المسألة الثامنة

إذا نذر أن يذبح ولده أو أجنبيًا من الناس أو نذر أن يذبح نفسه[1]:

فإن نذر أن يذبح ولده، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون ذلك في يمين.

والثاني: أن يكون في غير يمين.

فإن كان ذلك في يمين، مثل أن يقول: «إن فعلت كذا، فعلى أن أنحر ولدي»، فهل يلزمه الهدى أو لا يلزمه؟ **قولان**:

أحدهما: أن الهدى يلزمه، سواء ذكر المقام أو لم يذكره، قصد بذلك الهدى أو لم يقصده، وهو قول بعض الأشياخ، ومثله في كتاب الأبهري.

والثاني: أنه لا هدي عليه، حتى يذكر المقام أو ينوي الهدي، وهو قول ابن المواز، وهو ظاهر «المدونة».

فإن كان ذلك في غير يمين، مثل أن يقول: «أنا أنحر ولدي» أو «لله على أن أنحر ولدي»، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن ينوي بذلك قربة أو يذكر المقام أو الصفا أو المروة أو لا نية له ولا ذكر المقام:

فإن نوى بذلك قربة لله تعالى أو قصد بذلك موضعًا يفهم منه أنه أراد القربة، فلا خلاف في المذهب: أنه يجب عليه الهدي.

واختلف هل يهدي بدنة أو يجزئه الكبش؟ **قولان قائمان من «المدونة»**:

أحدهما: أنه يهدي بدنة مع القدرة، وهو ظاهر المدونة.

---

(١) المدونة (٣/ ٩٩ ـ ١٠٠) و«النوادر» (٤/ ٣١ ـ ٣٣).

والثاني: أنه يجزئه كبش، وهو قوله في كتاب «ابن المواز»[١]: فيمن نذر أن يذبح نفسه [ولا فرق بين من نذر أن يذبح نفسه] [٢] أو نذر أن يذبح ولده.

فإن لم تكن له نية، ولا ذكر المقام، فلا يلزمه الهدى، وهل تجب عليه كفارة يمين أم لا؟ **فالمذهب على قولين منصوصين في المدونة**: [وقال] [٣] في «الكتاب»: ويلزمه في نحر أبويه، مثل ما يلزمه في نحو ولده.

وقال ابن القاسم في كتاب «ابن المواز»: «وابنه والأجنبي في ذلك سواء».

واختلف فيما إذا قال: «أنا أنحر أولادي»، هل يجزئه هدى واحد عن جميعهم أو عن كل واحد هدى؟ على قولين [والحمد لله وحده][٤].

---

(١) انظر: «النوادر» (٤/ ٣٢).
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) زيادة من جـ.

المسألة التاسعة

في لغو الأيمان(١): والله تعالى [ق/ ١١٨ أ] يقول: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ﴾ (٢).

واللغو [من] الكلام يطلق، والمراد به: الهجر والخنا، وهو المراد بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا سَمِعُوا اللَّغْوَ أَعْرَضُوا عَنْهُ﴾ (٣)، [وهو قول [ابن دريد] (٥):

أحرز أجرًا وقلى هُجر اللغا] (٤)

ويطلق ويراد به الباطل من الكلام، و [منه](٦) قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِرَامًا﴾ (٧)، كذا قال بعض أهل التفسير، ومنه قوله في الحديث: «**إذا قلت لصاحبك [أنصت]** (٨)، **والإمام يخطب، فقد لغوت**»(٩)، معناه: قال الباطل من الكلام.

ويطلق ويراد به: الكلام الذي لا يفيد، ولا يتعلق به حكم من الأحكام، منه قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾ (١٠).

واختلف العلماء في اللغو الذي رفع الله المؤاخذة به من الأيمان عن عباده اختلافًا كثيرًا، يجوز التعرض عنه لصرده [إلى التعريض

---

(١) انظر: «المدونة» (٣/ ١٠١ ـ ١٠٢) و«التفريع» (١/ ٣٨٢ ـ ٣٨٣).
(٢) سورة البقرة الآية (٢٢٥).
(٣) سورة القصص الآية (٥٥).
(٤) في ب: ولله در ابن دريد حيث قال.
(٥) سقط من جـ.
(٦) سقط من أ.
(٧) سورة الفرقان الآية (٧٢).
(٨) ساقطة من الأصل.
(٩) أخرجه البخاري (٩٣٤) ومسلم (٨٥١).
(١٠) سورة البقرة الآية (٢٢٥).

والتطويل][1]، والذي في المذهب عندنا قولان:

[أحدهما]: أن لغو اليمين [قول الرجل] [2] «لا والله»، «وبلى والله»، وهو مذهب عائشة رضي الله عنها، وقال به إسماعيل القاضي من أصحابنا البغداديين.

والثاني: أن لغو اليمين أن يحلف [الرجل] [3] على أمر [يظنه كذلك][4]، ثم يتبين له خلاف ذلك، مثل أن يقول: «والله ما لقيت فلانا أمس، ويقينه كذلك، ثم تبين له [أنه لقيه] [5] ، فهذا لغو اليمين الذي رفع الله تعالى المؤاخذة عن العبد به في اليمين، ولا يكون إلا في الأيمان التي تكفر دون ما لا تكفر من الأيمان.

ومعنى الظن «الذي ذكرناه»: اليقين، لأنه لا يخلو في حين يمينه من أربعة أوجه:

أحدها: أن يحلف على يقين عنده.

والثاني: أن يحلف على الظن.

والثالث: أن يحلف على الشك.

والرابع: أن يحلف على تعمد الكذب.

فإن حلف على اليقين، فهو المعنى الذي شرحناه.

فإن حلف على الظن الذي هو تجويز الأمرين، أحدهما أظهر من

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: يوقنه في ظنه.

(٥) في أ: الخلاف فيه.

الآخر، فلا يخلو من أن يكون قد صادف ذلك كما حلف أو جاء على خلاف يمينه:

فإن صادف ذلك كما حلف عليه: بر في يمينه، واختلف في الإثم، هل يلزمه أم لا؟ **على قولين متأولين على «المدونة»**:

أحدهما: أنه لا إثم عليه، وقد خاطر وسلم، وهو قول ابن المواز،[١] وهو تأويل بعض المتأخرين على «المدونة».

والثاني: أنه يكون مأثومًا، لأنه تجرأ باليمين على القطع على غير يقين، وإن جرى أن يكون إثمه أخف من تعمد الكذب في الذي ذكر أنه لقيه.

فإن جاء على خلاف يمينه، مثل: أن يحلف على ظن أنه ما لقيه، ثم تبين له أنه لقيه: فإنه يكون مأثومًا، وإثمه دون إثم من تعمد الكذب، وأعظم من إثم من صادف الكذب كما حلف عليه.

وكذلك من حلف على الشك الذي هو تجويز الأمرين، من غير أن يكون أحدهما أظهر من الآخر، في جميع ما ذكرناه وأما إذا حلف على تعمد الكذب، مثل: أن يحلف أنه ما لقيه، وهو يعلم أنه لقيه: فهذه يمين الغموس، وهي أعظم من أن تكون فيها كفارة، وسميت غموسًا: لأنها تغمس صاحبها في النار، ونعوذ بالله منها.

وقد قالوا : إن الأيمان أربعة: يمينان لا تكفران، ويمينان تكفران:

فاليمينان اللتان لا تكفران: هما ما قدمناهما من لغو اليمن [ويمين الغموس][٢].

واليمينان اللتان تكفران [وهما] ما كان في مستقبل من الأمور، ومثل:

---

(١) انظر: «النوادر» (٤/ ٨).

(٢) سقط من أ.

اليمين التي يكون فيها على حـنث، مثل قوله: «إن لم أفعل» أو «لأفعلن»: فهاتان يمينان تجب فيهما الكفـارة وإذا وجد فيهما الحنث، لأن البر بالموافقة، والحنث بالمخالفة [والحمد لله وحده][١].

(١) زيادة من جـ.

المسألة العاشرة

في اليمين [بأسماء الله] (١) تعالى وصفاته(٢):

ولا خلاف بين الأمة في جواز اليمين بأسماء الله تعالى، كقوله: «والله» «والرحمن» «والرحيم» «والعزيز» «والسميع» «والبصير»، وجميع الأسماء التي سمى الله تعالى بها نفسه، وأذن [في اليمين] (٣) بها إذنًا مطلقًا، قال الله تعالى: ﴿وَأَقْسَمُوا بِاللَّهِ جَهْدَ أَيْمَانِهِمْ﴾ (٤) وقال عز من قائل: ﴿فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ (٥)، وقال سبحانه: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ﴾ (٦)، فكل يمين بالذات جائزة، وإن اختلفت الأسماء.

وأما صفات الله تعالى، «كقدرته» «وعزته» «وإرادته» «وعظمته» وغيرها من الصفات، فقد اختلف المذهب في جواز اليمين بها على قولين:

أحدهما: جوازه ووجوب الكفارة على من [حنث] (٧) بها [وهو قول ابن القاسم في المدونة] (٨) ، وهذا هو المشهور من المذهب.

والثاني: أنه لا يجوز اليمين بها جملة، ولا تجب الكفارة على من [حلف](٩) بها، وهو ظاهر قوله في كتاب «ابن المواز» فيمن حلف، وقال: «لعمر الله»، قال: لا يعجبني أن يحلف بها أحد، وقال فيمن قال: «وأمانة

---

(١) في أ: بالله.

(٢) انظر: «المدونة» (٣/ ١٠٣).

(٣) في أ: باليمين.

(٤) سورة الأنعام الآية (١٠٩).

(٥) سورة المائدة الآية (١٠٦).

(٦) سورة النور الآية (٦).

(٧) في أ: حلف والمثبت هو الصواب.

(٨) سقط من أ.

(٩) في ب: حنث.

الله» نحـن نكره الـيمـين بها، وروى ابـن زياد عن مـالك أنـه إذا قال: «لا والقـرآن» «لا والمصحـف»: ليس بـيمين، ولا كـفارة علـى من حلـف به فحنث، والمشهور ما قدمناه أن اليمين بالصفات جائزة، وغيره مهجور.

وقال الشيخ أبو مـحمد بن أبي زيد(١): رواية علي عن مـالك في ذلك منكرة، والمـعروف عنه غيرها، ويحـتمل أيضًا إن صحت الـرواية: أن يريد بذلك [جرم] (٢) المصحف وأوراقه دون المفهوم منه.

ويحتمل أيضًـا: أن يريد بالقرآن «فعل العبادة مـن القراءة» ، كما قال: «يقطع الليل تسبيحًا وقرآنًا»: أي قراءة، كما قال أشهب في العزة والأمانة، إذا قال: «وعزة الله وأمـانته»: «فإن أراد بذلك الـعزة التي هي صـفة ذاته: فهي يمين، وإن أراد الـعزة التي خلقها فـي خلقه فلا شيء علـيه، وكذلك الأمانـة التي هي مـقتضى صـفات ذاته، فهـي يمين، وإن أراد الأمانة الـتي جعلها بين العباد: فلا شيء عليه».

وعلى القول بأن اليـمين بالصفات جائزة، فهل حكم الـيمين بها حكم اليمين بالأسماء في اتحاد الكفارة مع تعدد الأسماء أم لا؟

وذلك لا خلاف عندنـا أن الأسماء إذا اجتمعت في يمين بـالواو أو بغير الواو: أن علـيه كفارة واحدة، كقـوله: «والله الذي لا إله إلا هو الـرحمن الرحيم» أو «والله والسميع والبصير والعليم والقدير واللطيف والخبير»، إلى غير ذلك من الأسماء، وإن كان قد وقع فـي «الكتاب» ما يوهم أن الكفارة [ق/ ١٠٠جـ] تتـعدد [بـتعـدد] (٣) الأسمـاء، فيـمن قال: «والـسمـيع والعليم»، هذه الأسماء، وما أشبهـها، كل واحد منها يمين، أي: أنها أيمان

---

(١) انظر: «النوادر» (٤/ ١٥).

(٢) في «النوادر»: جسم. تهذيب اللغة (١١/ ٦٤).

(٣) سقط من أ.

لا تفترق بعضها من بعض، في أن تلزم الكفارة ببعضها دون بعض، ولم ترد أنها إذا اجتمعت كفر عن كل قسم منها، لأنها راجعة إلى شيء واحد، ولا سيما على مذهب [ق/ ٦١ ب] أهل الحق أن الاسم هو المسمى، ولا فرق بين قوله «والله والعزيز والسميع» وبين قوله: «والله والله والسميع والسميع والسميع».

وهل الصفات فيما ذكرناه كالأسماء على القول بجواز اليمين بها أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الصفات كالأسماء في اتحاد الكفارة، وإن تعددت الصفات، وهو قول ابن حبيب، وهو ظاهر «المدونة» على ما تأوله الشيخ أبو إسحاق التونسي، في قوله: «على عهد الله وميثاقه وكفالته».

قال مالك: « هذه كلها أيمان [قال: ألزمه ها هنا في كل واحدة كفارة لأنه لم يجعلها أقسامًا وإنما هي كالنذور ومثل قوله: على أربعة أيمان][1]، وأربعة نذور، فهذا تأويل أبي إسحاق التونسي.

والثاني: أن عليه في كل واحدة كفارة، فرقت أو جمعت، وهذا تأويل بعض المتأخرين على المدونة [في] [2] المسألة التي ذكرناها، وهو قول مالك: «هذه أيمان كلها»، وهذا التأويل أسعد بظاهر الكتاب من تأويل أبي إسحاق التونسي.

والثالث: التفصيل بين الصفات المتفقة المعاني والصفات المختلفة المعاني:

فأما الصفات المتفقة المعاني، فتجب عليه فيها كفارة واحدة، كقوله: وعزة الله، وكبرياء الله، وجلال الله» لأن هذه الصفات بمعنى [واحد][3]

---

(١) سقط من أ. (٢) في أ: من.

(٣) سقط من أ.

فتجب [في جميعها] [١] كفارة واحدة.

والصفات المختلفة [المعاني][٢]، «كقدرة الله» و«كلام الله» و«علم الله»، فيجب عليه في كل واحدة منها كفارة، لأن كل صفة من هذه تفيد معنى في الموصوف بخلاف معنى الآخر، وهذا تأويل أكثر الأشياخ أيضًا.

وسبب الخلاف: اختلاف المتكلمين في جواز القول فيها بالاختلاف أو بالتغاير، وقد أبى جمهور الأشياخ أن يقال فيها أنها غير الذات، ولا خلافها، ولا هي.

فأجاز أبو بكر بن الباقلاني، وغيره إطلاق المخالفة وأبى من المغايرة، ولم ينكر الإمام أبو المعالي [المغايرة] [٣] بين كل شيئين كل التنكير وقال: لا يقطع [بتخطئة] [٤] من قال ذلك ، وأبى إطلاقه في الصفات والذات [وإذا رد] [٥] الكلام [إلى] [٦] أحد الغيرين، على مذهب أئمتنا، وهو ما [جرت][٧] بينهم المفارقة امتنع إطلاق هذا في الصفات والذات، ويلزم من رتب الكفارة على [تعادد] [٨] ترتيب الصفات [أن يرتب] [٩] الكفارة في الأسماء على ذلك.

وقد اختلف فيها أيضًا: فذهب جمهور المشايخ إلى أنها راجعة كلها إلى

---

(١) في أ: فيها.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ب: على تخطىء.
(٥) في أ: وإدراك.
(٦) في أ: على.
(٧) في جـ: جازت.
(٨) سقط من أ.
(٩) في أ: أن ترتيب.

شيء واحد، وإن اختلفت معانيها.

وأما الشيخ أبو الحسن الأشعري: فمذهبه فيها أنها منقسمة إلى ثلاثة أقسام:

فمنها: ما يقال أنها هو.

ومنها: ما يقال أنها غيره.

ومنها: ما لا يقال فيها أنها هو، ولا هي غيره.

وأما ما يقال فيها أنها هو: وذلك كل ما دل من الأسماء على الوجود بالله عند من يجعله مشتقًا وقديم ودائم وباقٍ.

وأما ما يقال أنها غيره: وهو كل ما دل من الأسماء على صفة فعل كالخالق والرازق.

وأما ما لا يقال فيه أنها هو، ولا هي غيره: وهو كل ما دل على صفة [في الذات] [١] [كالعليم] [٢] والقادر والسميع [والبصير][٣].

والحق في ذلك: أن مدرك العقل في الذات «الوجود والإثبات بما يجب لها من الصفات، وبما يستحيل عليها، وما وراء ذلك من تكييف وتوهيم: فالعقل معزول عنه وممنوع منه، كما قال بعض المحققين: التوحيد إثبات ذات غير مشبهة للذوات، ولا معراة من الصفات، وقد جنحت بنا سوابق العقل في هذا المكان، وأرخينا لها في العنان وطولنا عليها الميدان، وقد حان أن نثني العنان إلى المقصود، و [نعطف] على المطلوب.

وإذا حلف باسم من أسماء الله تعالى وكرره، فلا يخلو من وجهين:

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: كالعالم.

(٣) أ: والعليم.

[أحدهما] (١) : أن يكرره [على] (٢) [شيء] (٣) واحد.

والثاني: أن يكرره على أشياء مختلفة.

فإن كرر ذلك في شيء واحد، مثل أن يقول: «والله لا أدخل دار فلان» [والله لا أدخل دار فلان والله لا أدخل دار فلان] (٤) وفلان واحد، فلا يخلو من أن يقصد بذلك التأكيد أو قصد بذلك تعدد الأيمان:

فإن قصد بذلك التأكيد، فلا خلاف أنه لا تجب عليه إلا كفارة واحدة.

وكذلك الحكم أيضًا إذا لم تكن له نية.

فإن قصد بذلك تعدد الأيمان، هل تتعدد عليه الكفارة أو لا تتعدد عليه؟ **فإنه يتخرج على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»** (٥) :

أحدها: أن الكفارة تتعدد إذا قصد بالتكرار تعدد الأيمان، وهذا تأويل الشيخ [أبي عمران الفاسي] (٦) على «المدونة»، وهذا الذي قاله ظاهر «المدونة» على إثبات [رواية] (٧) الألف في قوله: «إلا أن يريد به النذر أو ثلاثة أيمان»، وهو ظاهر اختصار أبي سعيد البراذعي في «التهذيب»، إلا أن ينوي أن عليه ثلاثة أيمان (ق/ ١١٩أ) كالنذور.

والثاني: أن عليه كفارة واحدة إلا أن يريد مجمل النذور، وهو ظاهر قوله في «المدونة»(٨)، حيث قال: «أرأيت إن نوى باليمين الثانية غير الأولى

---

(١) زيادة ليست بالأصل.

(٢) في ب: في.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) انظر: «المدونة» (٣/ ١٠٥) و«النوادر» (٤/ ١٥ ـ ١٦).

(٦) في أ: أبي الحسن القابسي.

(٧) سقط من أ.

(٨) (٣/ ١١٥).

والثالثة، أعليه ثلاثة أيمان»؟، قال: «لا يكون إلا يمينًا واحدة إلا أن يريد بها مجمل النذور، وهذا التأويل أظهر من الأول.

والثالث: أنه لا يلزمه إلا كفارة واحدة، حتى ينوي ثلاث كفارات، وهذا هو ظاهر قوله في «كتاب الظهار» من «المدونة»، في الذي كرر الظهار من زوجته، مثل: أن يقول لها: «أنت على كظهر أمي، أنت علي كظهر أمي، أنت علي كظهر أمي»، في شيء واحد أو في غير شيء، فليس عليه إلا كفارة واحدة، وإن نوى [بقلبه] (١) ثلاث ظهارات، [حتى] (٢) ينوي ثلاث كفارات [وهو ظاهر قوله في كتاب الظهار من المدونة] (٣)، فكما لا تتعدد عليه الكفارات إذا نوى ثلاث ظهارات حتى ينوي ثلاث كفارات.

فكذلك لا تتعدد في اليمين بالله تعالى، وإن نوى ثلاثة أيمان، حتى ينوي ثلاث كفارات.

وهذا القول ظاهر في الاستقراء جدًا والحمد لله به يُهتدى.

---

(١) في ب: بقوله.
(٢) في ب: إلا أن.
(٣) سقط من أ.

المسألة الحادية عشرة

في [النذر [١]] [٢] ، ولا يخلو [الناذر] [٣] من أحد وجهين:

أحدهما: أن ينذر نذرًا لا مخرج له.

والثاني: أن ينذر نذرًا له مخرج.

فإن نذر نذرًا لا مخرج له، فلا يخلو من أن يكون نذرًا معلقًا باليمين أو غير معلق به:

فإن نذرا وعلقه باليمين، مثل: أن يقول على نذر «إن فعلت كذا، وإن لم أفعل [كذا] [٤]».

فإن كانت يمينه على بر، فلا شيء عليه حتى يفعل، ويمينه منعقدة، وسواء كانت يمينه على طاعة أو على معصية.

فإن حنث في يمينه، كفر كفارة اليمين، وكان مثابًا على فعل الطاعة إن حنث بها، ومعاقبًا على المعصية إن حنث بها، مثل أن يقول: علي نذر إن أعتقت عبدي أو شربت خمرًا» أو ما أشبه ذلك.

فإن كان يمينه على حنث، مثل أن يقول علي نذر: «لأعتقن أو لأشربن خمرًا»، فهذا يؤمر بفعل ما فيه طاعة، فيوفي به ويحنث نفسه فيما كان فيه معصية، يكفر ولا يوفى به.

فإن اجترأ وفعل فقد سقط عنه اليمين، وهم آثم في شرب الخمر.

فإن كان نذره غير معلق باليمين، مثل: أن يقول: علي نذر، ولم يجعل

---

(١) انظر: «المدونة» (٣/ ١١١) و«النوادر» (٤/ ١٧ ـ ١٨).

(٢) في أ: الناذر.

(٣) في ب: النذر.

(٤) سقط من أ.

له مخرجًا: فالمذهب على أنه يكفر كفارة اليمين، لقوله ﷺ: « [كفارة النذر][1] كفارة اليمين» [2] خرجه مسلم.

فإن قال: علي نذر لا كفارة له أو قال: «لا يكفره صدقة ولا صيام»، ثم حنث فليستغفر الله، وليكفر كفارة اليمين.

فإن نذر نذرًا له مخرج، فلا يخلو ذلك المخرج من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون طاعة.

والثاني: أن يكون معصية.

والثالث: أن يكون المخرج أمرًا مباحًا، لا طاعة ولا معصية:

فإن كان [المخرج] [3] طاعة، مثل قوله: «على النذر أن أحج أو أغزو أو أصوم أو أتصدق أو أصلي»، أو قال: [علي نذر] [4] حج أو صوم، فحذف «أن» التي مع الفعل، بتأويل المصدر، فتلك الطاعة هي المنذورة، وليس هناك يمين منعقدة تجب عليه الكفارة بالحنث فيها.

فإذا حلف: أمر أن يوفى بتلك الطاعة، ولا يلزمه أكثر منها.

فإن نذر معصية، مثل: أن ينذر شرب الخمر، فذلك على ستة أوجه:

أحدها: أن يقول [عليّ النذر أن أشرب الخمر أو يقول: علي النذر شرب الخمر أو يقول] [5] علي النذر ألا أشربها».

أو قال: «علي النذر لا شربتها».

---

(١) سقط من أ.

(٢) أخرجه مسلم (١٥٢٨) وهو بتمامه: «كفارة النذر كفارة اليمين».

(٣) في ب: النذر.

(٤) في أ: النذر.

(٥) سقط من أ.

أو قال: «النذر إن لم أشربها».

أو قال: «عليَّ النذر إن شربتها».

[أما إذا قال: «عليّ النذر أن أشرب الخمر»، أو «علي النذر شربها] [١]، فذلك سواء، وهو نذر معصية، فلا شيء عليه إن ترك.

وإن فعل: فعليه الحد مع الإثم، لأن فعل المعصية ليس مما ينذر.

وإن قال «علـيّ نذر ألا أشربهـا»، فقد نذر ترك فـعل معصـية، وذلك باليمين، ففي ذلك قولان:

أحدهـما: أن الشرب هو المنذور، فصار بمنزلة ما لو قال عليّ النذر أن أشربها، وهو قول ابن المواز.

والثاني: أنه نذر معلق باليمين، ففي ذلك قولان:

أحـدهمـا: بمنزلة ما لو قال: عليّ نذر إن لـم أشربها، وهو اختيار أبي الحسن اللخمي.

فإن فعل سقط نذره ، فإن لم يفعل كفر، وهو الظاهر من اللفظ، والله أعلم.

وأما الوجهان الآخران، فهما يمينان:

أحـدهمـا: على البر، فلا شيء عليه، حتـى يشربها، فإذا شربها كفر كفارة اليمين مع لزوم الإثم في ذلك.

والثاني: علي الحنث، فيؤمر بأن يحنث نفسه، ويكفر ولا يشربها.

فإن اجترأ وفعل: سقط عنه اليمين [ولا يكون] [٢] آثمًا.

فــرع : ومن نذر إن رزقه الله ثـلاثة دنانير أن يصوم ثـلاثة أيام، فرزق

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

ديناران، فصام ثلاثة أيام، فرزق دينار ثالث، فإنه يبتدئ صيام ثلاثة أيام.

وقال فيمن قال: إن قضى الله المائة الدينار التي تحملت بها، فعلي صيام ثلاثة أشهر، فقضاها إلا دينارًا واحدًا، فصام ثلاثة أشهر، ثم قضا الدينار ونصف، قال: «أرجو أن يجزئه، [ورأيته عندي ضعيفًا][1]، وهذا تناقض من القول، وهي رواية أبي زيد بن أبي العمر [عن ابن القاسم][2]، في «ثمانيته» في السؤالين جميعًا.

فإن كان المخرج أمرًا مباحًا، وليس بطاعة ولا هو بمعصية، مثل: أن يقول «عليّ نذر أن أطلق زوجتي»، أو قال: «عليّ نذر أن أمشي إلى السوق»، أو ما أشبه ذلك، فهذا لا شيء عليه فعل أو ترك.

واختلف فيما إذا قال: [عليّ نذر] [3] أن أعتق عبدي، هل يؤمر أو يخير ؟ **قولان بين ابن القاسم وأشهب:**

فابن القاسم يقول: يؤمر.

وأشهب يقول: يخير ، على ما يستقصى عليه الكلام في كتاب «العتق الأول» إن شاء الله [والحمد لله وحده][4].

---

(١) في أ: وروايته عنده ضعيفة.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) زيادة من جـ.

المسألة الثانية عشر

في الاستثناء في اليمين[١]:

وحد الاستثناء: استخراج بعض ما تتناوله الجملة، لولاه لكان داخلاً، وهو ينقسم على قسمين:

استثناء من غير الجملة.

واستثناء من الجملة.

فأما الاستثناء من غير الجملة، وهو الذي يقال له: الاستثناء من غير الجنس، فقد اختلف الأصوليون في جوازه:

فذهبت طائفة إلى أن الاستثناء من غير الجنس لا يجوز، وهو مذهب مالك ـ رحمه الله ـ، وقد قال في كتاب «الصرف» من «المدونة» [٢] فيمن باع ثوبًا بدينار إلا قفيز حنطة: أن البيع جائز، كأنه باع الثوب، وقفيز حنطة بدينار، فاضطر إلى أن جعل «إلا» بمعنى «مع»، وذلك نادر في كلام العرب، لأن الضرورة دعته إلى ذلك، لما كان الاستثناء من غير الجنس عنده غير جائز، ولو كان جائزًا عنده فكان يقول: يؤخذ من الدينار ثمن القفيز، وما بقي منه فهو ثمن للثوب.

[قال][٣] الشافعي [ـ رضي الله عنه ـ][٤]: وذهبت طائفة إلى القول بجوازه، وهو الصحيح مذهبًا ونظرًا، وهو قول مالك في «كتاب الغصب» من «المدونة» في قوله: «هذا الخاتم لفلان»، وفصه لى، والدليل على ذلك، قوله تعالى: ﴿ فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس﴾، وإبليس ليس

---

(١) انظر: «المدونة» (٣/ ١٠٩) و«النوادر» (٤/ ١٨ ـ ١٩).

(٢) (٨/ ٤٠٩).

(٣) في ب: كما قاله.

(٤) سقط من أ.

من الملائكة، على الـصحـيح من التـأويل، وبه قـال [ق/ ١٠١ جـ] ابن مسعود والزهري والحسن وغيرهم: أن إبليس [لم يكن] [١] من الملائـكة طرفة عين، وأن إبليس هو الجـان، وهو أبو الجان، كمـا يقال آدم هو أصل الإنس، وهو من الإنس، وهو أبو الإنس.

قالوا: والجـان كلهم عن آخرهم من ولد إبليس، منهم مؤمن وكـافر، فالمؤمن منهم جنى، والكافر منهم شيطان.

وقال في آيـة آخرى: ﴿**لا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْواً وَلا تَأْثِيمًا ﴿٢٥﴾ إِلاَّ قِيلاً سَلامًا سَلامًا**﴾ [٢]، وهذا الاستثناء من غير الجنس، لأن [السلام] [٣] ليس من اللغو ولا من التأثيم، ومنه قول النابغة الذبياني:

وما بالربع من أحد إلا الأواري

والأواري ليس من أحد.

وأما الاستثناء من الجنس، فإنه ينقسم أيضًا إلى قسمين:

أحدهما: استثناء أكثر الجملة [والثاني: استثناء أقلها. فأما استثناء أكثر الجـملة][٤]، مثل أن يقول: «لفلان عندي عـشرة دراهم إلا تسعة»، أو قال لامرأتـه: «أنت طالق ثلاثًا إلا اثنتين»، فهل يجـوز أو لا يجوز؟ فـالمذهب عندنا على قولين: الجواز والمنع، والجواز: هو الأشهر.

وإن كان ذلك في الكلام قـبيح، لأنه يشبـه الهزل وأما إذا كان اسـتثناء أقل الجملة: فلا خلاف في جوازه، قال الله تعالى: ﴿ **فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلاَّ خَمْسِينَ عَامًا** ﴾ [٥] فهو على وجهين:

---

(١) في أ: ليس.
(٢) سورة الواقعة الآيتان (٢٥ ـ ٢٦).
(٣) في أ: سلامًا.
(٤) سقط من أ.
(٥) سورة العنكبوت الآية (١٤).

أحدهما : أن يكون الاستثناء بحرفه.

والثاني: أن يكون بغير حرفه.

فإن كان الاستثناء بحرفه، فإنه أيضًا على وجهين:

أحدهما: الاستثناء «بإلا».

والثاني: الاستثناء «بأن» و «بإلا أن».

وأما الاستثناء «بإلا» ، فهل يجوز دون تحريك اللسان أو لابد فيه من تحريك اللسان، مثل «أن يحلف ما صحب اليوم قرشيًا»، ونوى إلا فلانًا، وما «شرب اليوم شرابًا» ونوى إلا عسلاً، و«ما أكلت اليوم طعامًا» ونوى إلا لحمًا؟ **فالمذهب على قولين: أحدهما**: أنه تجزئه النية دون تحريك اللسان، كما تجزئه ذلك في محاشاة زوجته في الحرام، إلا أن يكون بمعنى المحاشاة، مثل: «سوى وغير وعدا وحاشا» ، وغير ذلك من ألفاظ المحاشاة، وهو قول أشهب وروايته عن مالك، والفرق بين الاستثناء والمحاشاة: أن الاستثناء إخراج بعض ما تناولته الجملة، والمحاشاة : إخراج ذلك قبل اليمين، فإذا عقد الاستثناء قبل اليمين كان ذلك كالمحاشاة.

والثاني: أنه لا بد فيه من تحريك اللسان، وهو المشهور في المذهب.

وعلى القول: بأنه لا بد من تحريك اللسان، فهل تجزئه الحركة دون الجهر من القول أو لا تجزئه حتى يجهر؟

فلا يخلو من أن يكون حالفًا لنفسه أو مستحلفًا لغيره: فإن حلف لنفسه، فلا إشكال أن حركة اللسان تجزئه وإن كان الحالف مستحلفًا لغيره، فلا يجزئه إلا الجهر باستثنائه، وهو قول أصبغ وغيره، وبه قال ابن حبيب.

وأما الاستثناء بأن وبإلا أن، كقوله: «إن شاء الله»، «إن شاء زيد»، إن فعل عمر»، وكذا وكذا أو نحو ذلك في قوله «إلا أن يشاء» كقوله «إلا أن

يكون كذا» «إلا أن يفعل فلان كذا»، إلا إن أراد غير ذلك» ، «إلا أن يشاء الله»، فهذا لا تجزئ فيه النية ولا بد فيه من حركة اللسان.

ولا خلاف في ذلك غير أن الاستثناء، لا يخلو أن يكون بمشيئة الله تعالى أو بمشيئة غيره:

وأما الاستثناء بمشيئة آدمي، فإنها جائزة في كل يمين، كانت يمينه بالله تعالى، كقوله: «والله لأفعلن كذا إن شاء زيد» أو كانت بغير الله، كقوله: «امرأته طالق أو عبده حر إن شاء زيد».

وأما الاستثناء بمشيئة الله، فإنه [ينفع] (١) في اليمين بالله تعالى، إذا قصد بقوله : «إن شاء الله» وجه الاستثناء بلا خلاف، وإن قصد [ق/ ١٢٠أ] بذلك الاستثناء امتثالاً لقول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ ﴾ (٢)، فلا ينفعه الاستثناء اتفاقًا.

وأما اليمين بالعتاق والطلاق إذا استثنى فيه، مثل أن يقول: إن فعلت كذا وكذا ، وإن لم أفعل كذا وكذا ، فامرأته طالق أو عبده حر أو عليه كذا وكذا من فعل البر إن شاء الله، فهل ينفعه الاستثناء أو لا ينفعه؟ قولان:

أحدهما: أنه لا ينفعه جملة، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» وغيرها.

والثاني: [التفصيل بين] (٣) أن يكون الاستثناء راجعًا إلى الفعل أو راجع إلى اليمين:

فإن كان الاستثناء راجعًا إلى الفعل، فإنه ينفعه.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سورة الكهف الآيتان (٢٣ ـ ٢٤).

(٣) سقط من أ.

وإن كان راجعًا إلى اليمين، فلا ينفعه إذا نوى به الطلاق والعتق وعمل البر، وهو قول ابن الماجشون وأصبغ [في كتاب ابن المواز][1]، وذلك أن الاستثناء ولغو اليمين رخصة من الله تعالى لعباده، قال تعالى: **﴿لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ﴾** [2]، وقال النبي ﷺ: «**من حلف واستثنى، عاد كمن لم يحلف**»[3]، والرخصة إنما يترخص [بها] [4] المطيع دون المعاصي، وذلك أن اليمين بالله وجميع أسمائه الحسنى وصفاته العُلى مباحة، ومن حلف بها، فإنه ينتفع فيها باللغو، والاستثناء، إذا استثنى واليمين بغير الله [محظور. قال النبي ﷺ: «**لا تحلفوا بآبائكم من كان حالفًا فليحلف بالله أو ليصمت**». ومن حلف بغير الله تعالى فقد غلط][5]، وهو بها عاص، لأنه عظم غير الله ولا يعظم إلا الله، واليمين بالشيء تعظيم له، والعظمة لله لا لغيره.

فإذا ثبت ذلك فهل من شرط الاستثناء أن ينعقد عليه اليمين [أو ليس ذلك من شرطه؟ فالمذهب فيه على قولين: أحدهما: أن من شرطه أن ينعقد عليه اليمين] [6] وأنه مهما فرغ من اليمين قبل أن يخطر له الاستثناء بالبال، فاليمين تلزمه ولا ينفعه الاستثناء، وهو قول ابن المواز[7] وإسماعيل القاضي، وقالا: «لا بد للاستثناء من أن [يأخذ] [8] من اليمين ولو الحرف

---

(١) سقط من أ.

(٢) سورة المائدة الآية (٨٩).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢١٠٥) وصححه الألباني رحمه الله تعالى.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ.

(٧) سقط من أ.

(٨) انظر: «النوادر» (٤/ ٤٦).

الأخير، مثل أن يقول مثلاً: «بالله الذي لا إله إلا هو»، فإذا خطر له الاستثناء قبل أن ينطق بالواو، فإن الاستثناء ينفعه.

فإن خرج الواو ثم خطر له الاستثناء عقيب اليمين، فإنه لا ينفعه، وهذا نص مذهبهما.

والثاني: أنه ينفعه الاستثناء إذا وصله بيمينه من غير صمات ولا كلام، وإن لم يعقد عليه اليمين ولا خطر له إلا بعد الفراغ من جميع حروف اليمين، وهو قول ابن القاسم، ونصه في «المدونة».

وسبب الخلاف: اختلافهم في الاستثناء، هل هو رفع أو حل؟

فمن رأى أن الاستثناء هو رفع اليمين، وضعه من الانعقاد، قال لا ينتفع به [ق/ ٦٢ ب] إلا إذا أخذ بعض حروف اليمين من آخره، لأن اليمين غير منعقدة بعد.

ومن رأى أن [الاستثناء حل] [١] لليمين بعد انعقاده، قال: ينتفع به إذا وصله بيمينه، من غير صمات ولا كلام، وهو ظاهر قوله ﷺ: «**من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف**»[٢]، فقوله: «**من حلف**»: ظاهره أن اليمين قد وقع وكمل.

وأما الاستثناء بغير حروفه، فهو أن يفيد العموم بصفة، وذلك يقتضي إخراج من ليس على تلك الصفة من ذلك العموم، وهو استثناء بالمعنى، وله حكم الاستثناء في أنه لا ينتفع [به] [٣] إلا بحركة اللسان، واتصاله بالكلام، مثل: أن يقول: «والله ما رأيت اليوم قرشيا عاقلاً»، فإن وصل «عاقلاً» بالكلام نفعه، وإلا فلا، وهو أعنى الاستثناء لا يكون إلا في أحد

---

(١) سقط من أ.

(٢) تقدم.

(٣) سقط من أ.

وجهين:

أحدهما: العدد المسمى.

والثاني: اللفظ الذي يقتضيه العموم، وهو يحتمل الخصوص.

فأما العدد المسمى، فلا يخلو من أن يكون نص بالتسمية على آحاده أو لم ينص:

فإن نص بالتسمية على آحاده وأعيانه، مثل: أن يقول: «والله لأعطين فلانًا وفلانًا وفلانًا بثلاثة دراهم إلا فلانًا منهم»: لم ينفعه استثناؤه فإن لم ينص بالتسمية على آحاده وأعيانه، مثل أن يقول امرأته طالق ثلاثًا إلا واحدة، إن فعل [كذا وكذا][1]، هل ذلك من باب المحاشاة ثم لا ينفع فيه الاستثناء إلا إذا عقد اليمين أو يصح فيه الاستثناء وينتفع به، وإن لم يعقد عليه يمينه إذا استدركه به وصله بيمينه أم لا: **على قولين في المذهب:**

وزعم ابن رشد أن القولين قائمين من «المدونة»، ولم يظهر لي من أين استقرأهما من «المدونة».

وأما اللفظ الذي يقتضي العموم، وهو يحتمل الخصوص، مثل: أن يقول: «والله لأعطين فلانًا ثلاثة دراهم إن شاء الله» أو «إن شاء فلان»، فهذا ينتفع فيه بالاستثناء على الخلاف بين ابن القاسم وابن المواز فيما قدمناه [بين ابن القاسم وابن المواز][2].

ومسألة محاشاة الزوجة إذا قال «الحلال عليه حرام»، تأتي في «كتاب التخيير والتمليك» إن شاء الله [والحمد لله وحده][3].

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) زيادة من جـ.

المسألة الثالثة عشر

في البر والحنث [هل][١] يقعان بأقل الأشياء فيمن حلف ألا يأكل هذا الشيء [أو من هذا الشيء؟][٢].

اعلم أنهم قالوا [إن][٣] الحنث يقع بأقل الأشياء، والبر لا يقع إلا بأكمل الأشياء، وذلك أن الله تعالى حرم ما نكح الآباء والأبناء، بمجرد العقد في القرآن، فقال تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [٤]، وقال سبحانه: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [٥]. قال في المطلقة المبتوتة: «فلا تحل له حتى تنكح زوجًا غيره»[٦] فبين النبي ﷺ أن النكاح المراد: الوطء، وأنها لا تحل إلا بالعقد دونه، فدل ذلك على أن ما يباح به الشيء أقوى مما يخطر به، ولهذا قال مالك رحمه الله: فيمن حلف ليهدمن هذا البئر، فهدم منها حجرًا لا يبر إلا بهدم جميعه، وإن حلف ألا يهدمه، فهدم حجرًا منها حنث، فهذا نص قول مالك في «المدونة» وغيرها.

وإن كان الخلاف يدخل في السؤالين بالمعنى، وقد قال ابن الجلاب فيما إذا حلف ألا يفعل فعلاً ففعل بعضه أنه [يحنث ثم] [٧] قال: «يتخرج فيها قول آخر أنه لا يحنث إلا بفعل جميعه»[٨]، وهو ظاهر قول ابن القاسم في كتاب العتق الأول فيمن قال لأمتيه إن دخلتما هذه الدار، فأنتما حرتان أو لامرأتيه فأنتما طالقتان، فدخلت إحداهما [فقال][٩] لا شيء عليه،

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سورة النساء الآية (٢٢).
(٥) سورة النساء الآية (٢٣).
(٦) سورة البقرة الآية (٢٣٠).
(٧) سقط من أ.
(٨) التفريع (١/ ٣٨٤).
(٩) سقط من أ.

حتى تدخلا جميعًا.

قال بعض المتأخرين: «هذا منه جنوح إلى أن الحنث لا يقع بأقل الأشياء».

وقد اختلف فيمن قال لزوجته: «إن وطئتك فأنت طالق، هل يحنث بمغيب الحشفة أو لا يحنث إلا بالوطء التام؟

وهذا الخلاف ينبني على الخلاف في اعتبار المقاصد والألفاظ، وهي قاعدة تُبنى عليها مسائل الأيمان، فيجب علينا التعرض لذكرها، [والاعتبار بتحصيلها][1]، فنقول وبالله التوفيق: لا يخلو الحالف على نفسه من وجهين:

أحدهما: أن يحلف بما لا يقضي عليه به [أو بما يقضي عليه به][2]، ولم تقم عليه بيمينه بينة.

والثاني: أن يحلف لغيره في حق أو وثيقة.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا حلف على نفسه بما لا يقضي عليه [به][3] كالمشي إلى بيت الله أو بما يقضى عليه به إلا أنه لم يقم ليمينه بينة، كاليمين بالطلاق أو بالعتاق، وجاء مستفتيًا، فلا يخلو من أن تكون له نية أو لا نية له:

فإن كانت له نية، فلا خلاف أنها مقدمة على المقاصد، وإن كانت مخالفة لظاهر لفظه.

وإن لم تكن له نية، وكان ليمينه بساط أو عرف من مقاصد الحالفين في

(١) في ب: وصرف العناية لتحصيلها.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

أيمانهم، هل يحمل يمينه على البساط أو ما عرف من مقاصد الناس في أيمانهم أو على ظاهر لفظه، فقد اختلف فيه [المذهب] [١] على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يبدأ بالبساط، فيحمل [عليه] [٢] إن كانت ليمينه بساط، ومعنى البساط: السبب الموجب لليمين.

والثاني: أن اللفظ مقدم على البساط، وهو المقصد العرفي.

والثالث: أنه يحمل عليهما، فإن اجتمعا [بدأ] [٣] ببساط يمينه، وإن عدما رجعا إلى العادة.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا حلف لغيره في حق أو وثيقة، هل يقبل منه [النية] [٤] إذا ادعى أم لا؟ **قولان:**

أحدهما: أن نيته مقبولة.

والثاني: [أنها] [٥] غير مقبولة.

وينبني الخلاف على الخلاف [في اليمين][٦]: هل [اليمين] [٧] [ق/ ١٠٢أ] على نية الحالف أو على نية [المستحلف] [٨] ؟ والقولان مرويان عن ابن القاسم في «العتبية» [٩] من رواية أصبغ.

وإما إذا حلف ألا يأكل هذا الشيء [أو من هذا الشيء][١٠]، مثل : أن يحلف ألا يأكل هذه الحنطة أو من هذه الحنطة، فقد اختلف فيها المذهب على ثلاثة أقوال:

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في ب: أن نيته.
(٦) سقط من أ.
(٧) في ب: هي.
(٨) في ب: المحلوف له.
(٩) البيان والتحصيل (٣/ ٣٢١).
(١٠) سقط من أ.

أحدها : أنهُ لا يأكل ما تولد منها جملة ، سواء قال هذه أو مِن هذه أو نكر ، أو عرف أو لم يعرف ، وهو مذهبهُ في « المدونة » .

والثاني : أنه لا شئ عليه في أكل ما تولد منها إلا أن يقول من هذا القمح وهو قول ابن المواز .

المسألة الرابعة عشر

فيمن حلف ألا يكلم فلانًا أو ليكلمنه[١]:

فإذا حلف ألا يكلمه، فلا يخلو الحالف من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يقصده بالكلام.

والثاني: ألا يقصده بالكلام.

والثالث: أن يقصده بما ليس بكلام، إلا أنه يفهم منه معنى الكلام.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا قصده بالكلام مشافهة، فلا يخلو المحلوف عليه من أن يكون قد سمع كلام الحالف أو هو في حكم السامع، إلا أنه مشغول عنه بغيره أو كان نائمًا أو أصم.

فإن سمع كلامهُ وفهم عنه مراده، فلا خلاف أنه حانث.

وإن [كان] في حكم السامع، إلا أنه مشغول عنه بغيره أو كان نائمًا أو أصم أو كان المحلوف عليه بمكان بعيد، فمد الحالف صوته، بحيث أن لو استمع به لسمعه، فهل يحنث أم لا؟

قولان في المذهب قائمان من «المدونة»:

أحدهما: أنه حانث.

والثاني: أنه لا يحنث.

والقولان: لابن القاسم في [العتبية] [٢] و«الموازية».

وسبب الخلاف: اعتبار المقاصد والألفاظ:

فمرة اعتبر الألفاظ، فقال: يحنث.

---

(١) المدونة (٣/ ١٣٠ ـ ١٣١).

(٢) في جـ: المدونة.

ومرة اعتبر المقاصد، فقال: لا يحنث، لأن قصده بترك الكلام الهجران والمقاطعة، فإذا كان على تلك الصفة، فلا يخرجه هذا الكلام [عن][1] مقصوده.

والجواب عن [الوجه] [2] الثاني: إذا لم يقصده بالكلام بعينه، وإنما تكلم لأمر وجب عليه أو لعارض طرأ:

فإن كان كلامه لأمر وجب عليه، مثل: أن يسلم عليه وهو [معه][3] في الصلاة:

أما التسليمة الأولى: فلا خلاف أنه لا يحنث بها، لأن المقصود بها الخروج من الصلاة.

وأما التسليمة الثانية: فإن كان الحالف مأمومًا فرد على الإمام، ففي ذلك قولان:

أحدهما: أنه لا يحنث، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنه حانث، وهو قوله في «كتاب محمد».

وإن كان الإمام [هو][4] الحالف، فسلم تسليمتين على قول، فقيل: يحنث، وقيل: لا يحنث، وهو قول محمد بن ميسر (ق/ ١٢١أ)، وهو قول مالك في «المدونة»، وقال: فيمن حلف ألا يكلم زيدًا، فسلم عليه وهو في جماعة، علم به أو لا: حنث، إلا أن يحاشيه [بنيته][5] فعلى هذا يحنث إذا سلم عليه وهو في الصلاة، ويتخرج من «الكتاب» قولان.

---

(١) في أ: من.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ب: بيمينه.

وهذا الخلاف أيضًا مبني على الاعتبار في المقاصد والألفاظ:

فمن اعتبر الألفاظ: حنثه.

ومن اعتبر المقاصد: لم يحنثه، لأن المقاصد الهجران، وذلك لا يخرجه منه.

والجواب عن [الوجه] (١) الثالث: وهو أن يقصده بما ليس بكلام على الحقيقة، ولكنه يفهم منه [معنى] (٢) الكلام، مثل أن يكتب إليه كتابًا أو يرسل إليه رسولاً، هل يبرئه ذلك أو يحنثه أو لا يحنثه أو لا يبرئه ولا يحنثه؟ فالكلام من وجهين:

[أحدهما](٣): أن يكون له نية.

والثاني: ألا يكون له نية.

فإن لم تكن له نية، فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنه حانث في الكتاب والرسول، وهو نص «المدونة».

والثاني: أنه لا يحنث لا في الكتاب ولا في الرسول، وهو قول أشهب في «كتاب محمد»(٤)، وهو ظاهر «المدونة». في اعتبار الألفاظ.

والثالث: التفصيل بين الكتاب والرسول، فيحنث في الكتاب دون الرسول، وهي رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك، وقد وقع في «المدونة» لفظ مشكل، وهو قوله [ق/ ٦٣ ب] : «وإن كتب الحالف للمحلوف عليه ثم استرجع الكتاب قبل أن يصل إلى المحلوف عليه، لم يكن عليه شيء،

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) النوادر (٤/ ١٢٥).

وهذا آخر قوله.

وقوله : «وهذا آخر قوله»: مشكل، لأن هذا يشعر بالخلاف، إذا وصل مثل ما ذكر في الطلاق في «كتاب الأيمان بالطلاق»، ولا ينبغي أن يكون الخلاف في رجوع «الكتاب» في «مسألة النذور»: لا على اعتبار المقاصد ولا على اعتبار الألفاظ، لأنه لم يسمعه، [ولا رأى] [1] «الكتاب» فأشبه ما لو كلمه، وهو غائب عنه بخلاف الطلاق الذي لا يعتبر فيه سماع الزوجة ولا حضورها.

فإن ادعي نية، فقال: «إنما أردت ماشفهته» فهل تقبل منه نيته أم لا؟ **على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة» [ق/ ١٠٣جـ]:**

أحدها: أن ينوي في الكتاب والرسول، وهذا أحد أقاويل الكتاب.

والثاني: أن لا ينوي فيهما معًا، وهو قوله في «كتاب محمد».

والثالث: أنه ينوي في الرسول دون الكتاب، وهو منصوص في «الكتاب»، فالقولان: فيه منصوصان، والثالث: مستقرأ.

وسبب الخلاف: اعتبار المقاصد والألفاظ:

فمرة اعتبر المقاصد والألفاظ .ومرة اعتبر المقاصد فقال: يحنث لأن المقصد المقاطعة والمهاجرة.

فإذا كاتبه أو راسله فقد واصله وزال الهجران وحصل له بهما الأنس.

فإن ادعى نية المشافهة فتداعى ما يكذبه العرف والعادة ومن رأى أن من الناس من يقصد هجرانًا دون هجران فيكتب ويراسل ويقف عن المشافهة ولا فرق بين الكتاب والرسول وذلك أن الذي في الكتاب ليس بكلام المتكلم على الحقيقة لأن الإنسان قد يكتب ولا يتكلم ولا ينطق. ولو نطق ما زاد

---

(١) في أ: ولأن.

معنى ولا صار ذلك الكتاب كلامه وهذا مذهب [أهل][١] السنة. أن المكتوب في المصاحف ليس بقرآن على الحقيقة لأن القرآن كلام الله تعالى وهو صفة من صفاته التي لا يجوز أن [يتصف] [٢] بها غيره على ما هو [مبسوط] في كتب المتكلمين . وذلك في الرسول أبعد. لأنه إنما يحكي مثل كلام رسله.

ومن فرق بين الكتاب والرسول فقد لاحظ الألفاظ. فكأنه يرى الذي في الكتاب هو لفظ الذي قاله فعبر عنه بالكتاب فأشبه الكلام والرسول يحكي معاني [الألفاظ][٣].

فليس ما نقله الرسول هي الألفاظ بعينها وهذا كلام بعض المتأخرين كأبي إسحاق وغيره. والذي قاله ليس بصحيح لما قدمناه.

وقال ابن حبيب: إذا وصل [الكتاب] [٤] إلى المحلوف عليه فقرأ عنوانه حنث وإن لم يقرأه وأقام عنده سنين لم يحنث ولا وجه لما ذكر لأنه إذا حنث بالمكاتبة لكونها ضربًا من المواصلة ورفعًا لبعض المقاطعة.

فكذلك يقع بنفس وصول الكتاب [من الحالف] [٥] وإن لم يقرأه.

والذي قاله ابن حبيب ظاهر ما أشار إليه في المدونة لقوله: إذا استرجع الكتاب قبل أن يصل إلى المحلوف عليه، لم يكن عليه شيء، وهو آخر كلامه».

فإذا كان ابن حبيب لا يحنثه بنفس وصول [الكتاب] [٦] حتى يقرأه أو

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: يوصف.
(٣) في ب: ألفاظه.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

يقرأ عنوانه، فبأن لا [يحنث][(١)] بنفس الكتابة أولى وأحرى، وقد ظهر لي أن كلام ابن حبيب له وجه، وذلك أن بنفس وصول الكتاب لا يحصل به الإيناس للمحلوف عليه، حتى يفتحه ويقرأ ما فيه أو يقرأ عنوانه، لأنه ربما توحش في نفسه أن الكتاب في سبه، وإظهار [البغض] [(٢)] له وزيادة المنافرة فيما بينهما؛ فإذا قرأه أو قرأ عنوانه تبين له أن القصد بالمكاتبة تجديد المواصلة وهجران [المفاصلة][(٣)]، لأن العنوان ترجمة لما في الكتاب، ومنه يظهر انقطاع العنف والإنابة إلى الألفة والمحبة في [جنب] [(٤)] رب الأرباب، والله الموفق للصواب.

ولو حلف ليكلمنه، فكتب إليه كتابًا أو أرسل إليه رسولاً: لم يبر، لأنه لم يكلمه.

وهذا مما يبين [المسألة][(٥)] [أن الأول إذا حلف ألا يكلمه، فكتب إليه أنه لا يحنث][(٦)]، إذ لو كان للكتاب [نفس][(٧)] كلامه لبر فيه، إذا حلف ليكلمنه، [فالخلاف الذي][(٨)] [يجري][(٩)] في تلك المسألة [التي قدمناها][(١٠)] يجري في هذه أيضًا.

ولو كتب المحلوف عليه إلى الحالف، فلا يخلو من أن يقبل كتابه

(١) في أ: يحلف.
(٢) في الأصل: البعض.
(٣) في ب: المقاطعة.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من ب.
(٧) سقط من أ.
(٨) في أ: فالذي.
(٩) سقط من أ.
(١٠) سقط من أ.

أم لا:

فإن لم يقبل كتابه: لم يحنث.

فإن قبل كلامه وقرأه، فهل يحنث أم لا؟ **فقولان عن ابن القاسم:**

أحدهما: أنه يحنث.

والثاني: أنه لا يحنث، وهو الأحسن، لأن الكلام من المحلوف [عليه][١] لا يحنث به الحالف، كما لو اجتمع معه وكلمه، فلم يجاوبه لأنه إنما حلف لا [كلمته][٢]، ولم [يحلف][٣] لا كلمتني، اللهم إلا أن يكون منه صغو إلى كلامه وميل إليه، فيكون ذلك محل [النظر][٤] والله أعلم.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: أكلمه.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: النطق.

المسألة الخامسة عشر

فيمن حلف ألا يسكن في هذه الدار وهو فيها ساكن أو ينتقل منها. فإن حلف ألا يسكن في هذه الدار وهو فيها ساكن فإنه يمر بالانتقال. وهل يجوز له التراخي في الانتقال أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة:

أحدهما: إنه لا يجوز له التراخي ويخرج من ساعته. وإن كان في جوف الليل لم يمهل حتى يصبح إلا أن ينوي ذلك وإن لم يجبر الكراء إلا بالغلاء [أو ما لا يوافقه] (١) وهو قول [ابن القاسم في المدونة. والثاني: أنه يجوز له التراخي عن الانتقال يومًا وليلة. فإن مكث أكثر من ذلك حنث وهو قول](٢) أصبغ وأشهب في كتاب «محمد».

وسبب الخلاف:

اعتبار المقاصد والألفاظ. فمن اعتبر الألفاظ قال: يؤمر بالخروج من ساعته.

ومن اعتبر المقاصد قال: يجوز له التراخي [إلا أن](٣) الاعتبار باليوم والليلة، لأنه أقل ما يقع عليه اسم السكنى [فاعتبر ابن القاسم الألفاظ في هذه المسألة](٤).

وعلى القول بأنه لا يجوز له التراخي في الانتقال، فهل يكلف الانتقال بنفسه ومتاعه ساعة حلف أو يجوز [له](٥) تأخير المتاع؟

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: و

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

فإن انتقل بمتاعه دون عياله: حنث.

وإن انتقل بعياله دون متاعه: **قولان:**

أحدهما: أنه يحنث بترك متاعه، إلا أن يترك ما لا حاجة له [به][١]، مثل: الوتد والمسمار، وهو قول ابن القاسم في [«الكتاب»[٢]] حيث قال: «والرحلة عند مالك أن ينتقل بكل شيء له».

والثاني: أنه لا يحنث بترك متاعه، تركه اضطرارًا أو اختيارًا، وهو قول أشهب، وأراه [ذهب] [٣]في ذلك إلى قوله تعالى: ﴿ **لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ مَسْكُونَةٍ فِيهَا مَتَاعٌ لَّكُمْ** ﴾ [٤]، فنفى [عنها][٥] اسم السكنى إذا لم يكن فيها إلا المتاع.

وكذلك لو حلف ألا يسكنها، فاختزن فيها: حنث عند ابن القاسم، ولم يحنث عند أشهب.

ولو اشتغل بنقل [ما فيها] [٦] من أشيائه أيامًا: لم يحنث عند الكل، لأن ذلك غاية المقدور.

فإذا انتقل منها وسكن في غيرها، لم يعد إليها [أبدًا][٧]، لأن يمينه على العموم.

وإن كانت يمينه على الانتقال، مثل: أن يحلف لينتقلن من هذه الدار،

---

(١) سقط من أ.
(٢) في ب: المدونة.
(٣) ساقطة من الأصل.
(٤) سورة النور الآية (٢٩).
(٥) في أ: عنه.
(٦) في أ: قماشه.
(٧) سقط من أ.

لم يحنث بالتمادي في السكنى فيها إلى يوم أو يومين، إلا أن يكون له نية في الخروج ساعة اليمين أو يكون ليمينه بساط، يوجب أن يخرج من فوره، فيكون كالسؤال الأول: إذا حلف ألا يسكنها.

وقال ابن المواز[١]: «فإن أقام ثلاثة أيام يطلب منزلاً، فلم يجد فأرجو ألا شيء عليه، قيل: فإن أقام شهرًا، فقال: إن توانى في الطلب، خفت أن يحنث».

ولابن حبيب في «الواضحة»[٢]: «لا يحنث، وإن أخر الانتقال، وهذا هو الأصل فيمن حلف ليفعلن، فإذا انتقل انتقل بكل شيء له»، وهو في هذا أشد من السؤال الأول وإذا انتقل وأقام الشهر كله ونحوه، ثم إن شاء أن يرجع إليها رجع، لأنه حلف على الانتقال، وقد وجد منه، والأول حلف ألا يوجد منه السكنى، فمتى وجد منه حنث.

وكذلك إذا حلف ليخرجن فلانًا من داره، فأخرجه: فله رده بعد شهر.

ولو حلف ليخرجن من المدينة، فإن لم ينو إلى بلد بعينه، فليخرج إلى ما تقصر فيه الصلاة، فيقيم نحو الشهر.

قال مالك: «[وهو استحسان][٣]، [لا يحمله][٤] القياس [وقيل][٥]: إنه يخرج إلى موضع يلزمه فيه إتيان الجمعة، فيقيم [فيه][٦] ما قل أو كثر، ثم يرجع إن شاء».

---

(١) النوادر (٤/ ١٤٩).
(٢) النوادر (٤/ ١٤٩).
(٣) في ب: وهذا استحباب.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) في أ: فيها.

قال ابن المواز: «والأول أبرأ من الشك، وأحسن في [رأيي][1]، إلا أن يكون ليمينه سبب، [فيجري][2] عليه».

وكذلك إن حلف ليسافرن، فليخرج إلى ما تقصر فيه الصلاة ويقيم شهراً، على قول ابن المواز، وما قل أو كثر على قول مالك رحمه الله.

---

(١) في ب: الرأي.

(٢) في ب: فيحمل.

المسألة السادسة عشر

فيمن استعار [رجلاً] [١] ثوبًا، فحلف ما يملك إلا ثوبه، وله ثوبان مرهونان[٢]:

اعلم أن المسألة اختلفت فيها الروايات في الأمهات اختلافًا متباينًا، واختلفت الأجوبة فيها لأجل اختلاف الروايات، وأنا أورد ما ثبت عندنا من تلك الروايات، وما يتركب عليها من الأجوبة ونص «المدونة» [إن شاء الله وهو حسبي ونعم الوكيل وهذه المسألة تخرج على الكتاب] [٣].

قلت: أرأيت من استعار ثوبًا من رجل، فحلف بطلاق زوجته [ما يملك إلا ثوبه وله ثوبان مرهونان أترى عليه حنثًا. قال: إن كان في ثوبيه المرتهنين كفاف لدينه] فلا أرى عليه حنثًا، وكانت تلك نيته، مثل: ما يقول «ما أملك» أي: ما أقدر على غير ثوبي هذين»، كذا في بعض النسخ.

وفي بعضها أيضًا: «أني ما أقدر على ثوبي»، بإسقاط «إلا»، وعلى هذا اختصرها ابن أبي زمنين، ثم قال في بقية الجواب: «فإن لم يكن له نية أو كان في الثوبين فضل، فلا أراه حانثًا».

وقال ابن القاسم: أيضًا: «فإن لم تكن له نية، وليس في الثوبين فضل، بإثبات الألف»، رأيت أن يحنث»، كذا في بعض الأمهات.

وفي بعضها: «وكان في الثوبين فضل، فلا أراه حانثًا» وقال ابن القاسم أيضًا: «فإن لم تكن له نية، وليس في الثوبين فضل، فهو حانث».

فهذا ما ثبت [عندي] [٤] من اختلاف الروايات في المسألة، وبحسب

---

(١) سقط من أ.

(٢) المدونة (٣/ ١٣٧).

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

اختلاف الروايات، جاء الخلاف في المسألة على ما نصف إن شاء الله، وهو خيرُ معين.

أما قوله: «إني ما أقدر (ق/ ١٢٢أ) على غير ثوبي هذين»، فهذا لا معنى له، لأن ظاهر هذه الرواية يفيد أنه قادر على افتكاك ثوبي الرهن، وليس ذلك غرضه وأما الرواية التي قال فيها: «إني لا أقدر على غير ثوبي هذا، فهي رواية صحيحة: أراد أنه لا يقدر إلا على الثوب [الذي][١] عليه، ولا يقدر على افتكاك ثوبي الرهن.

وقد يحمل قوله في الرواية التي [قال] [٢] فيها: «لا أقدر على غير ثوبي هذين» على الثياب التي عليه، لأنه أدنى ما يكون عليه لباسه ثوبان، فيحمل [ذلك] [٣] على ثوبي جسده لا على ثوبي الرهن، فتصح الرواية [عليه][٤] على وفق المسألة.

وأما الرواية التي قال فيها أيضًا: «إني ما أقدر على ثوبي» بإسقاط «إلا»، فالمراد بذلك ثوبي الرهن [فهذا التنزيل تأويل للروايات][٥].

وأما الرواية «بإثبات الألف وإسقاطها»، فهي التي يختلف [الحكم][٦] باختلافها:

فإذا [أثبتنا] [٧] الألف، فقلنا: «أو كان في الثوبين فضل»، فإنه يحنث بأحد وجهين: إما وجود الفضل، وإما عدم النية ، وإن لم يكن فضل، ولم

(١) ساقطة من الأصل.
(٢) سقط من الأصل.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ: ثبت.

تكن له نـية: فلا أعلم في المذهب مـن قال يحنث مع وجود النـية إذا تبرأ باليمين، وظاهر الرواية يقتضي الحنث.

وأما الرواية بإسقاط الألـف فهي صحيحة في نفسها، موافـقة للمعنى، وهي مثل قول ابن الـقاسم الذي قال فيه: «وإن لم تكن لـه نية، وليس في الثوبين فضل، فهو حانث»، وذلك أنه مهما لم تكن له نية: فإنه يحنث من غير اعتبار بـالفضل كان أو لم يكن، لأنه إذا حنث مع عـدم الفضل، فبأن يحنث مع وجوده أولى وأحرى.

وأما الرواية التي [قال][1] فيها: « لا أراه حانثًا»، [وهي] [2] رواية الدباغ، إذا عدمت النـية، كان [فيها] [3] فضل أم لا، وهي صحـيحة في نفسها، ملائمة للمعنى، وذلك إذا اعتبرنا المقاصد: لا يحنث مع عدم النية، كان فيها فضل أم لا، لأن مراد يمينه على ما يقدر على تسليمه.

فهذا ترتيـب الروايات [وأما تنزيل الأجوبـة عليها][4] وتحصـيلهـا بأن تقول: لا يخلو [الحالف] [5]من وجهين:

أحدهما: أن تكون له نية.

والثاني: ألا تكون له نية.

فإن كان له نية، فلا يخلو من أن يكون في الثوبين فضل أم لا:

فإن لم يكن في الـثوبين فضل، فلا خلاف أنه ينوي ولا حـنث عليه، وهل يحلف على نيته أم لا؟

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: فهي.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

فظاهر «المدونة»: أنه لا يحلف، لأن كل من قبلت نيته فيما ينوي فيه، فلا يمين عليه على [أصل] [١] «المدونة».

ولمالك في «كتاب محمد»: أنه يحلف أنه ما أراد ما قدر عليه للعارية، وذلك نيته.

وإن كان فيهما فضل، فلا يخلو من أن يكون غير [ق/ ١٠٤جـ] قادر على افتكاكه قبل الأجل أو قادر عليه:

فإن كان غير قادر على الفكاك إما لغيره وإما لدين لا يقدر[٢] على تعجيله إلا برضى صاحبه كالطعام وسائر العروض من بيع فلا إشكال أنه ينوي ولا يحنث. وإن كان قادرًا على الفكاك بتعجيل الدين وهو ذو مال فهل ينوي أو يحنث؟ قولان:

أحدهما: أنه ينوي وهو قول يحيى بن عمر.

والثاني: أنه يحنث ولا ينوي. وهذا القول مخرج من ظاهر المدونة من قوله: أو كان في الثوبين فضل وما رأيت فيها [نص خلاف][٣] إلا أن أبا إسحاق التونسي قال: يحنث.

وأظن في ذلك اختلافًا. هذا نص قوله.

وإن لم يكن له نية فالذي يتخرج من الكتاب على اختلاف الروايات ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يحنث كان في الثوبين فضل أم لا. وهذا نقل أبي سعيد في «التهذيب».

---

(١) في ب: أصول.

(٢) النوادر (٤/ ١٠١ ـ ١٠٣).

(٣) في أ: نصًا.

الثـاني: أنه لا يحنث كان في الثوبـين فضل أم لا وهي رواية الدباغ في المدونة التي قال فيها: لا أراه حانثًا.

والقول الثالث: التفصيل بين أن يكون فيهما فضل أم لا فإن كان فيهما فضل حنث وإن لم يكن فيهما فضل لم يحنث لأنه إن لم يكن فيهما فضل فقد ملك ذلك الفضل على الحقيقة وإن لم يكن فيهما فضل والدين مستغرق لقيمتها فمـلكه [فيهما](١). غير متمحـص إلا بعد [الفكاك](٢). وهـذا [القول](٣) أضعف الأقوال وهو قول [بين القولين] (٤).

وسبب الخلاف: (ق/ ٢١٣أ).

اعتبار المـقاصد والألفاظ: فعلى مـراعاة الألفاظ يحنث بـكل حال كان فيهما فضل أم لا لأنهما على ملكه. وقد حلف على ما يملك.

وعلى مراعاة المقـاصد لا شيء عليه. لأن القصد ما كان عـنده مما تيسر تسليمه حينئذ للمستعير وليس القصد ما كان في رهن.

والثالث: التفصيل بين أن يعرف أو ينكر:

فإن عرف، وقال: من هذ القمح، حنث يأكل ما تولد منه.

وإن نكر، وقال: لا آكل قمحًا، لم يحنث بأكل ما تولد منه، وهو قول ابن حبيب (٥) في [كتابه] (٦).

فوجه الـقول الأول: ما ذكره في «المدونة»، حيث قال: «لأن هذا هكذا

---

(١) في ب: قيمتها.

(٢) في أ: الكفاف والصواب ما أثبتناه من ب.

(٣) سقط من أ.

(٤) في جـ: ابن القاسم.

(٥) النوادر (٤/ ٩٩ ـ ١٠٠).

(٦) في أ: حبه.

يؤكل»، وهو من باب مراعاة المقاصد.

ووجه القول الثاني: التفاضل بين القمح وما [تولد منه من خبز أو كعك أو سويق أو غير ذلك مباح فكأنه جنس آخر فلا تسرى إليه اليمين كما لو][(١)] حلف ألا يأكل لحمًا، فإن اليمين لا تتعدى إلى الخبز.

ووجه القول الثالث: أنه إن عين، فالصفة لا تخرجه عن أن يكون هو العين المشار إليها، وإن نكر: فذلك إشارة إلى مجهول لا يعرفه، فبأي وجه حنث بأكل الخبز، وإن زرع القمح المحلوف على أكله فلا يحنث بأكل الخبز منه من الحب، إلا أن يريد أن يضيق على نفسه.

فإن كان هبة، فأراد رده ودفعه لواهبه، فلم يفعل حتى زرعه، فإنه يحنث بأكل ما رفع منه.

وإن حلف ألا يأكل دقيق قمح، فأكل خبز قمح: لم يحنث، لأن هذا اسم خاص.

فإن حلف ألا يأكل هذا اللبن أو من هذا اللبن [فعرف أو نكر][(٢)]، فعلى الثلاثة الأقوال التي قدمناها في القمح.

فإن حلف ألا يأكل زبدًا فأكل سمنًا، أو حلف ألا يأكل سمنًا فأكل زبدًا، فهل يحنث أم لا؟ قولان وكلاهما لمحمد بن المواز.

فمن اعتبر الألفاظ، قال: لا يحنث.

ومن اعتبر المقاصد، قال: يحنث.

فإن حلف في لبن شاة بعينها، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يحلف ألا يأكل من لبنها.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

أو لا يأكل منها لبنًا.

أو لا يأكل لبنها.

فإن حلف لا يأكل من لبنها، حنث بأكل ما يعمل منه من زبدٍ أو سمن أو جبن.

قال ابن القاسم: «كان ذلك مستخرجًا منها قبل يمينه أو بعد يمينه».

وأما إن قال: لا أكلت منها لبنًا، لم يحنث بأكل ما عمل منه من زبد أو سمن أو جبن أو أقط.

وقال أبو محمد بن أبي زيد: «وقد اختلف أصحابنا فيه»[١].

وإن قال: «لا أكلت لبنها»: جرى على القولين فيما إذا عرف أو نكر بمنزلة من قال: «لا أكلت من هذا اللبن».

فإن قال: «لا أكلت من هذه [الشاة][٢]، ولم يذكر لبنها: لم يحنث بأكل اللبن منها، لأن [المقصد] [٣] ألا يأكل من ذاتها، إلا أن يكون ذلك على وجه المنة.

واختلف إذا أكل من نسلها، هل يحنث أم لا؟ **على قولين**، وهذا الخلاف يتخرج على الخلاف في الولد، هل هو غلة أم لا؟

وإن حلف ألا يأكل تمرًا ، فله أكل الرطب والبسر والزهو اتفاقًا وإن حلف ألا يأكل البسر، هل له أن يأكل الرطب والتمر أم لا؟

على قولين:

أحدهما: أنه يأكل التمر أو الرطب إذا حلف ألا يأكل البسر، وهو قول

---

(١) النوادر (٤/ ١٠٠).

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: المقاصد.

ابن القاسم.

والثاني: أنه لا يأكل التمر، ويحنث بأكلها، كالشحم واللحم، وهو قول ابن وهب، وقال محمد بن المواز[١]: ولا يحنث بأكل ما تولد عن المحلوف عليه، إلا أن يقول من عند ابن القاسم إلا في [ستة أشياء][٢].

الخبز من القمح، والمرق من اللحم، والشحم من اللحم، والعصير من العنب [والزبيب من العنب][٣] والنبيذ من التمر.

[قال التونسي][٤] أما الخبز من القمح، لأن العادة جرت أن القمح لا يأكل إلا خبزًا أو دقيقًا، فكان يمينه إنما وقعت على ما يكون منه.

والمرق والشحم من اللحم، وعلته أن المرق فيه اللحم والشحم، و[المرق][٥] لأن قوة اللحم فيه، فأكل المرق كأنه أكل اللحم.

والشحم من اللحم، لأن كل لحم لا بد أن يكون فيه دهنية الشحم، فصار أكل الشحم، لأن القائل: «لا آكل لحمًا»: إنما يحنث بما يأكل من لحم أو شحم، والحالف على الشحم لا يحنث بأكل اللحم.

والعلة في ذلك أن القائل: «لا آكل اللحم» قد دخل تحت هذه الكلمة «الشحم»، لغة وعرفًا، كما لو: أسلم في لحم الضأن» لم يكن للبائع ولا للمبتاع أن يقول هذا لحم لا شحم فيه، لأن له لحمًا وإن كان فيه شحم، لأن ذلك يقتضيه الاسم، كما ذكر الله سبحانه تحريم لحم الخنزير، ومعلوم أن الشحم داخل فيه لأن الاسم جامع لذلك، وكان تحريمه الشحم على بني

---

(١) النوادر (٤/ ٩٩).

(٢) في أ: ست مسائل.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: الشحم.

إسرائيل ألا يدخل معه اللحم، ولا يدخل تحت هذا الاسم إلا الشحم.

فكذلك الحالف على الشحم، لا يحنث بأكل اللحم، لما ذكرناه»[١].

وفي كتاب ابن سحنون قال: «واللحم اسم جامع للحم والشحم»[٢].

والعصير من العنب: وذلك أن عصير العنب، إنما هو الماء الذي كان في العنب، فكأنه إذا أكل العنب: أكل القشرة والماء والشحم، وإذا شرب العصير: شرب الماء بعينه الذي كان في العنب مع ما تفتت فيه من أجزاء الشحمية، فصار كأنه [أكل] [٣] العنب، والزبيب من العنب [أيضا][٤] كذلك لأنه لم يعدم منه إلا الماء الذي كان فيه، وهو الآن منعقد فيه، فالقشرة والشحم وجميع أجزائه قائمة.

قال [أبو إسحاق] [٥]: «وهذه الأشياء كلها بينة».

وأما النبيذ من التمر ففيه إشكال، لأن النبيذ إنما يجعل الماء على التمر، فليس الماء من التمر، إلا أن يشبه المرق من اللحم، وفي هذا بعد، وهو يقول أعني صاحب المذهب: «من حلف ألا يأكل رطبًا، فأكل تمرًا أو حلف ألا يأكل تمرًا فأكل رطبًا، فلا شيء عليه، وهذا وما شابهه مما يتولد عن المحلوف عليه فكذلك كان ينبغي أن يكون النبيذ من التمر.

وأما إذا قال في هذه الأشياء من اللحم بأكل ما تولد عنها إلا أن يبعد ذلك جدًا مثل أن يقول: لا آكل من هذه الحنطة فزرعت فأكل من الحب الذي نبت. فلم يسر عليه شيئًا إلا أن يكون ذلك على وجه المن كما قدمناه

(١) من كلام ابن أبي زيد في «النوادر» (٤/ ٩٧) بتصرف يسير.
(٢) النوادر (٤/ ٩٧).
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في جـ: ابن سحنون.

في [صور] [(١)] هذه المسألة ومن هذا الباب إذا حلف ألا يأكل لحمًا فأكل رؤوسًا أو بيضًا هل يحمل يمينه على جميع ما يطلق عليه ذلك الاسم أو لابد من تخصيص.

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يحنث بأكل ما ينطلق عليه اسم اللحم من لحوم الطير والحوت وجميع الأنعام إنسيها ووحشيها وجميع ما ينطلق عليه اسم الرأس من جميع ما يأكل وكذلك البيض فيحنث ببيض الطير وبيض الحوت إلا أن تكون له نية أو ليمينه بساط فيحمل عليه وهو قول ابن القاسم في المجموعة في البيض والرؤوس وفي [الموازية] [(٢)] في اللحم.

والثاني: التفصيل بين اللحم والرؤوس والبيض. فلا يحنث في الرؤوس واللحم إلا بلحم الأنعام الأربعة ورؤوسها. لأن عليها تقع أيمان الناس إلا أن ينوي في جميع اللحم أو لا يكون ليمينه سبب.

وأما البيض فيحنث بأكل كل بيض عمومًا لا خصوصًا وهو قول أشهب في المجموعة.

والقول الثالث: أنه لا يحنث كالرؤوس بأكل رؤوس الحيتان والجراد إلا أن ينوي ذلك. وفي البيض يحنث بأكل بيض الطير ولا يحنث بأكل بيض الحوت حتى ينويه وهو قول ابن حبيب في الواضحة.

وقال [ابن القاسم][(٣)] في المجموعة أيضًا: والحالف على أكل الدجاج يحنث بأكل الديكة. والحالف على الديكة لا يحنث بأكل الدجاجة. فإن

---

(١) سقط من أ، ب.
(٢) في ب: المدونة.
(٣) سقط من أ.

قال: لا آكل دجاجة لم يـحنث بأكل الديك. ولو عكس ذلـك فقال: ديكًا لم يحنث بأكل دجاجة وهو قول ابن الماجشون فيما ذكر عنه ابن حبيب.

وهذا الخلاف يتخرج على الخلاف في اعتبار المقاصد والألفاظ.

ومسائـل هذا الباب مـجردة لا نظام لـها ولذلك سـردتها علـى الولاء وقصدنا منها إلى ذكر ما يحتاج إلى بيانه وتفسيره، والحمد لله وحده.

المسألة السابعة عشر

فيمن حلف ألا يبيع من فلان أو لا يشتري منه، فباع أو اشترى من وكيله[1]: فلا يخلو من أن يكون الوكيل من سبب المحلوف عليه أو لا يكون من سببه:

فإن لم يكن من سببه و [لا من] [2] ناحيته: لم يحنث.

وإن كان من سببه وناحيته، فلا يخلو من أحد وجهين:

إما أن يكون عالمًا به أو غير عالم:

فإن كان عالمًا أنه من سببه، فلا يخلو من أحد وجهين :

إما أن يعرفه الحالف أنه لا يبيع من فلان ولا يشتري أم لا.

فإن عرفه أنه حلف ألا يبيع من فلان، فقال له المشتري: «أنا أشتري لنفسي»، فلما وجب البيع بينهما، قال له المشتري: «سلم السلعة لفلان، فأنا اشتريت له»:

قال مالك في «المدونة»: وهو حانث، ولا ينفعه ما تقدم له».

قال أبو إسحاق التونسي: «لا يحنث الحالف بذلك، ولا يصدق المشتري فيما يدعيه بعد أن قال: لنفسي اشتريت.

ولو قال له: إنما أبيع منك بشرط أنك إن اشتريت لفلان فلا بيع بيني وبينك فثبت أنه اشترى لفلان فلا ينبغي أن يحنث ولا ينعقد البيع بينهما وإن لم يعرفه بذلك حتى اشتراه قال مالك: «يحنث».

ويتخرج في المذهب قول آخر أنه [لا] [2] يحنث إذا اعتبر المقصد في

---

(١) المدونة (٣/ ١٤١).

(٢) سقط من أ، ب.

القول الأول.

فإذا لم يحنثه ولم يعلم أنه من سببه وناحيته هل يحنث أم لا؟

قولان قائمان من المدونة:

أحدهما: أنه مهما كان من [سببه] [١] فإنه يحنث من غير اعتبار بعلم الحالف أو بعدم علمه وهو ظاهر المدونة لقوله: فإن كان من سبب المحلوف عليه ومن ناحيته. وهو مفسر في كتاب محمد وهو نص قول ابن القاسم في المجموعة.

والثاني: أنه لا يحنث الحالف حتى [لا] [٢] يعلم أن المشتري من سبب المحلوف عليه ومن ناحيته وهو قول مالك وأشهب في كتاب محمد. وهو ظاهر المدونة أيضًا في قوله في موضع آخر: إن علم أنه من سببه ومن ناحيته. وعلى القول بأن ذلك يفتقر إلى علمه هل يصدق إذا ادعى أنه لم يعلم به بغير يمين أو لا بد من يمين. وإن كان المتولي للشراء صارفًا غير معروف في ذمة المحلوف إليه ولا من أصدقائه فلا يمين عليه. وإلى هذا ذهب أبو الحسن اللخمي وهو الصحيح.

واختلف فيمن هو من سببه وناحيته على قولين: **أحدهما**: أن الصديق الملاطف أو من هو في عياله أو ناحيته وهو قول ابن القاسم في المدونة.

والثاني: أن الذي من سببه وكيله أو أبوه أو ابنه أو من يلي القيام بتدبيره وشأنه وأما الصديق الملاطف والجار الجليس فلا وهو قول ابن حبيب. وكذلك الحكم في اليمين ألا يبيع له ومعناه ألا [يستمر له على سلعة][٣] في جميع ما ذكرناه. والحمد لله وحده][٤].

---

(١) في ب: يبيع.
(٢) سقط من ب.
(٣) يستثمر له في سلعة.
(٤) سقط من أ.

المسألة الثامنة عشر

فيمن حلف ليفعلن فعلا، ففاته المحل قبل أن يفعل، مثل: أن يحلف ليضربن عبده أو ليركبن هذه الدابة أو ليأكلن هذا الطعام، فأبق العبد أو ماتت الدابة أو سرقت [ق/ ٦٤ ب] أو هلك الطعام أو سرق: فلا يخلو من أن يكون قد ضرب ليمينه أجلاً أم لا: فإن ضرب ليمينه أجلاً: فلا شيء عليه فيما هلك.

واختلف في السرقة، هل يحنث بها أو يبرأ؟ **على قولين:**

أحدهما: أنه حانث، وهو قول ابن القاسم في «المدونة»، إلا أن ينوي إن سرق.

والثاني: أنه لا شيء عليه، لأنه على بر.

وإن لم يضرب ليمينه أجلاً: فإن بادر إلى الفعل، ففاته محله من غير تفريط، فلا شيء عليه اتفاقًا.

فوجه قول ابن القاسم في السرقة: إذا لم تكن له نية أن عين الشيء المحلوف على فعله باقٍ، ولو أمكنه منه السارق لأكله، فلذلك حنثه [والإباق من هذا القبيل][1].

ووجه قول أشهب: أنه مغلوب على ترك الفعل لتعذر فعله، فأشبه الفوات الحسي.

وقد قال مالك في كتاب الأيمان بالطلاق: «فيمن حلف ليبيعن هذه الجارية، فألفاها حاملاً [منه] [2]، «هو حانث».

وقال في «كتاب النذور»، فيمن حلف ليذبحن حمامات ليتيمه، فقام

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.

من فوره، فوجدها ميتة، قال: «لا شيء عليه لأنه مغلوب على ترك الفعل».

واختلف المتأخرون، هل ذلك اختلاف قول أو ذلك اختلاف حال:

فذهب أكثرهم إلى أن ذلك اختلاف قول، وأنه لا فرق بين السؤالين، وأنه لا يحنث في الجميع، لعدم التفريط، وهو قول سحنون، وهو أحد أقاويل ابن القاسم في «العتبية».

ومنهم من قال : إن ذلك اختلاف أحوال، وذلك أن الذبح في الحمامات قد فات محله لغة وشرعًا، لأن الميتة ليست بمحل للذكاة أصلاً، لا لغة ولا شرعًا، إذ كلاهما لا يستعملان إلا في الحي دون الميت، فالشرعي منها [عبارة][1] عما اجتمعت فيه الشروط المعتبرة فيها [واللغوي منها ما أخل فيه بالشروط المعتبرة][2]. أو المتفق عليها منها، فإذا فهمت هذا تبين لك أن: الذكاة اللغوية لا تستعمل فيما فات بنفسه، لا كما يحتج [به][3] بعض الأغمار من طلبة الزمان.

أن الذكاة تستعمل [فيه][4] لغة.

والجارية التي حلف ليبيعنها ، فألفاها حاملاً منه: فإن البيع يتمكن فيها على الجملة، لأنها قائمة العين، غير أن البيع الشرعي لا يتمكن فيها.

والبيع اللغوي فيها متمكن فلذلك: حنثه ابن القاسم على أشهر الأقوال، وإلى هذا التأويل ذهب أبو القاسم بن محرز وغيره.

والخلاف في ذلك: يرجع إلى اعتبار (ق/ ١٢٤أ) المقاصد والألفاظ.

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ب: فيها.

فمن اعتبر الألفاظ، قال: يحنث في الجميع.

ومن اعتبر المقاصد، قال: لا يحنث في الجميع.

فرع: ومن أكل مع زوجته، فحلف بطلاقها لتأكلن هذه القطعة، [فأكلتها](١) الهرة، فأخذت المرأة الهرة فذبحتها، وأخرجت القطعة فأكلتها:

فقال ابن القاسم في «ثمانية أبي زيد»: «لا يخرجه ذلك عن يمينه، ولكن إن كان بين أخذ الهرة إياها، وبين يمينه قدر ما لو أرادت أخذها لأخذتها، فتوانت حتى أخذتها الهرة: حنث.

فإن خطفتها الهرة قبل أن يمكنها أخذها، فلا حنث عليه».

ولو حلف ليطأن امرأته، فقطع ذكره من غير تفريط: لم يحنث، وهو قول ابن القاسم في «كتاب ابن حبيب»، وقال أصبغ: «فرط أو لم يفرط لبقاء العين الذي هو محل الفعل»، وهو أحد قولي ابن القاسم في مسألة الجارية.

وسبب الخلاف: [مانع] الشرع، هل هو كالمانع العدم أم لا؟

وقد قدمنا فيما سلف من الكتاب أن للشرع إعدام الموجود.

فإن وطئها وهي حائض، هل يبر [في](٢) يمينه، أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه آثم في فعله [ولا يبرئه ذلك من يمينه وهو قول ابن القاسم في كتاب ابن حبيب. والثاني: أنه يبرأ في يمينه ويكون آثمًا في فعله](٣).

---

(١) في ب: فاخطفتها.

(٢) في ب: من.

(٣) سقط من أ.

وهو قول سحنون في كتاب ابنه .وهذا الخلاف ينبني على [خلاف في اعتبار] [١] المقاصد والألفاظ أيضًا:

فمن اعتبر المقصد، قال: يحنث، لأن [قصده وطء صحيح][٢].

ومن اعتبر اللفظ، قال: لا يحنث، لأن الوطء موجود، وافق الشرع أو خالفه.

ولو حلف [لا وطـئتها] [٣] ، حنث بوطئها حـائضًا، وهو قول ابن القاسـم في «المجموعة» أيضًـا. [تم كتاب النذور والأيمـان والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله وسلم] [٤] .

---

(١) سقط من أ.
(٢) في ب: قصد وطئًا صحيحًا.
(٣) في ب: ألا يطأها.
(٤) زيادة من ب.

كتاب الصيد

تحصيل مشكلات هذا الكتاب [وجملتها][(١)] خمس مسائل:

المسألة الأولى: الآلة التي يصطاد [بها] وصفة التعليم:

أما الآلة التي يباح الاصطياد بها، فتنقسم إلى جوارح وسلاح:

والسلاح: كل آلة مشحوذة تجرح ولا ترض، فالاصطياد بها مباح، لقوله تعالى: ﴿ **لَيَبْلُوَنَّكُمُ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالُهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ** ﴾، فالذي تناله الأيدي: [الأفراخ] [(٢)] في الأوكار، ولا [يفوت][(٣)] بنفسه من سائر الوحوش والطيور، والذي تناله الرماح: ما فات اليد [ونجا][(٤)] بنفسه من جميع السباع وغيرها مما يباح صيده، فذكر الرماح تنبيها على سائر [الآلات] التي يمكن الاصطياد بها، من الحديد وغيره، لقوله ﷺ [للسائل][(٥)]: «**وما أصبت بقوسك**»، وقوله لعدي بن حاتم في المعراض: «ما أصابك بحده، فكل».

أما الجوارح: فهي الكواسب، قال الله تعالى: ﴿ **وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ** ﴾، معناه: أو صيد ما علمتم من الجوارح، هي الكواسب التي يصطاد بها، وهي الكلاب والفهود والبزاة والصقور، وما أشبه ذلك.

وأصل التكليب: تعليم الكلاب، الاصطياد، ثم [كثرت] [(٦)] حتى قيل لكل من علم جميع جوارح الصيد مكلبا، فتكليبها: تعليمها

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: الفراخ.
(٣) في أ: يموت.
(٤) في جـ: وتجافى.
(٥) سقط من أ.
(٦) في أ: ذكر.

الاصطياد.

وقد اختلف في صفة تعليم الكلاب والبزاة [والصقور][1]، على ثلاثة أقوال:

أحـدهـا : أن المعلم منها هو الـذي إذا زجر انزجر، وإذا أشلى أطاع، وهذا قوله في الكتاب.

والثاني: هو الذي إذا دُعى أجاب مع الوصفين المتقدمين، وهو قول ابن حبيـب، ففرق بين الكـلاب والبزاة: فجعـل لتعلـيم الكبار ثـلاثة شروط، ولتـعليم الـبزاة شرطين [وهـما][2]: أن تجيـب إذا دعيت، وتـنشـلى إذا أرسلت، ولا يشترط فـيها الانزجار، لأنه غير ممكن فيهـا، وهو قول ربيعة وابن الماجشـون: أنه لا يشترط الانزجار فـي التعليم أصـلاً، إما الانشلاء: على قول، وإما الانشلاء والإجابة ، على قول.

وهذا القول خرجه اللخمي من «المدونة»، من قوله: «إذا أدركه كلبه أو بازه، ولـم يستطع إزالـة الصيد منه حتى فات بنفسه: فـإنه يأكله»، ولو كان الانزجار من شروط التعليم ما جاز أن يأكله، وقد رام بعض المتأخرين تلفيق هذه الأقوال الثلاثة، حـتى ترجع كلها إلى قول واحد، فـقال: يحمل قول ابن حبـيب على الوفـاق، لأن الإشلاء يستعمـل عند أهل اللـغة للمعـنيين جميعًا الإغراء والدعاء.

كما أن الزجر يـأتي لمعنيين: الإغراء والكف، وهو قـوله في «المدونة»: «إن أفلـت الكلـب من يدي عـلى صيـد فزجـرته» كذا الـرواية في بـعض الأمهات، وفـي بعضها: «فأشـليته» فوقـف [ق/ ١٠٥جـ] التعليـم على شرطين.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

ويحمل قوله في «الكتاب» أيضًا: في الذي لم يقدر على إزالته من الجوارح، على أن عصيانها مرة واحدة، لا يقدح في تعليمها، وإنما غالب أحوالها، إنما كانت تنزجر.

وتفريق ابن حبيب بين الكلاب والبزاة، يرجع إلى اختلاف حال، وهذا كله قريب.

ولا خلاف في المذهب عندنا: أن الأكل ليس من شروط التعليم، وأنه معلم، وإن أكل يؤكل ما بقى خلافًا للشافعي.

والدليل على ما نقوله: حديث أبي ثعلبة الخشني قال: قال رسول الله ﷺ: **«وإن أكل، فكل»**.

وقال الشافعي رضي الله عنه: «وإن أكل، فلا يؤكل صيده، لأنه ليس بمعلم، لأنه أمسك على نفسه، والله تعالى يقول: ﴿فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ﴾، وهذا الذي قاله ليس بصحيح، لأن نية الكلب أمر غيبي وخفي لا يمكننا الإطلاع عليها، إذ لا يدري على ما أمسك، هل علينا أو على نفسه؟ وقد يمسك علينا ثم يبدو له أن يمسك على نفسه أو بالعكس.

والذي يعلم أن الكلب يصطاد بطبعه، ويستحثه على الصيد الحرص في حق نفسه، ولذلك [يجوعه] الصياد عند إرادة الاصطياد، ليكون ذلك أغرى له على الصيد [والحمد لله وحده][1].

---

(١) زيادة من جـ.

المسألة الثانية

إذا أشلى الكلب على الصيد بغير إشلاء صاحبه ثم أشلاه بعد ذلك، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون إرساله من يده.

والثاني: أن يكون معه، ولم يكن في يده.

والثالث: أن يشلى الكلب بغير إرسال صاحبه.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا كان الكلب في يده، ثم أثار الصيد، فأغراه عليه: فهذا لا خلاف فيه أنه يؤكل بما يؤكل به الصيد، إن أدرك ذكاته ذكاه.

فإن قتلته بتثيب أو جرح أو قطع بعض الأعضاء: فإنه يؤكل.

فإن صدقه ومات من غير سبب ولا تدمية، فهل يؤكل أم لا؟ **قولان:**

أحدهما: أنه لا يؤكل بذلك إلا أن يدرك ذكاته، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه يؤكل، وهو قول أشهب فإن مات انبهاراً من غير صدم ولا تثييب: لم يؤكل، ولا خلاف فيه.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا كان معه تبيعه، ثم أثار سيده صيداً، فأغراه عليه [فصاده][1]، هل يؤكل بغير ذكاة أم لا؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أنه لا يؤكل.

والثاني: أنه يؤكل، والقولان لمالك في المدونة.

---

(١) سقط من أ.

والثالث: التفصيل [بين] أن يكون الكلب منه قريبًا أو بعيدًا:

فإن كان بعيدًا منه، فأشلاه عليه، فقتله: فلا يؤكل وإن كان قريبًا منه: أكل، وهو قول ابن حبيب.

والجواب عن الوجه الثالث: إذا لم يكن في يد سيده، ثم أثار صيدًا، فأشلى عليه بغير إرسال من صاحبه [ثم أشلاه بعد ذلك][1]، فهل يؤكل أم لا؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يؤكل، وهو قول مالك وابن القاسم، إذا كان خروجه من قبل نفسه، ثم أشلاه صاحبه بعد ذلك.

والثاني: أنه يؤكل، وهو قول أصبغ.

والثالث: أنه يؤكل إذا زاده ذلك قوة وإشلاء، وإلا فلا وهو قول ابن الماجشون.

وينبني الخلاف فيها على الخلاف في الحظر والإباحة إذا اجتمعا أيهما يقدم، فيكون الكلب انشلى من [قبل] [2] نفسه حظر، وكونه أشلاه صاحبه إباحة، فقد اشتركا في الإرسال، فأشبه تعاون الكلبين: أحدهما بإرسال، والآخر بغير إرسال.

فإذا أرسله، فاشتغل بغير ما أرسل عليه، فلا يخلو ذلك من أن يكون اشتغالاً كثيرًا أو يسيرًا:

فإن كان كثيرًا: سقط حكم ذلك الإرسال بلا إشكال.

وإن كان يسيرًا، مثل: أن يمر الكلب بكلب آخر، فوقف عليه يشمه أو مر بجيفة يشمها فأكل منها، أو عجز الطير فسقط [على موضع] [3] أو

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: ذات.

(٣) سقط من أ.

عطف راجعًا، هل يخرجه ذلك من الإرسال أو لا يخرجه؟ **قولان قائمان من «المدونة»:**

أحدهما: أن ذلك يخرجه عن الإرسال الأول، ولا يؤكل ما صاده إلا بذكاة، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنه يؤكل، وإن لم يدرك ذكاته، لأن ذلك لا يخرجه عن الإرسال [الأول] [١] ، وهو ظاهر قوله في «المدونة»: «إذا أرسل كلبه أو بازه على جماعة، ونوى ما أخذ منها، فأخذ اثنين: أنهما يؤكلان جميعًا، وإن لم ير اشتغاله [عن الأول][٢] قطعًا للإرسال [عن] [٣] الثاني، لأن الاشتغال بالشم وأكل الجيفة كاشتغاله بقتل الصيد.

وقيل : إنه لا يؤكل الصيد الثاني، وذلك مما يعضد ما استقرأناه من الكتاب. والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: بالأول.

(٣) في أ: على.

المسألة الثالثة

إذا قطع الكلب من الصيد جزءًا، فلا يخلو ذلك من وجهين:

أحدهما: أن يبين ذلك الجزء منه أصلاً.

والثاني: أن يبقى متعلقًا به.

فإن أبان [ذلك] [١] الجزء منه أصلاً، فلا يخلو الجزء الذي أبانه من وجهين:

أحدهما: أن يكون مما يعيش معه.

والثاني: أن يكون مما لا يعيش مع زواله.

فإن كان مما يعيش مع زواله، مثل: أن يضربه فيزيل يده أو رجله أو جناحه، فمات من ذلك: فلا خلاف في المذهب أنه يؤكل الصيد، ولا يؤكل ما بان منه، لكونه مما يصح وجود الحياة مع زواله، لا لكونه أقل، وإنما راعى الكثرة والقلة أبو حنيفة، [وإن أدرك ذكاته لم يؤكل إلا بذكاة][٢]

وإن كان مما لا يعيش معه، فلا يخلو من أن ينفد مقابله أو لا ينفدها:

فإن أنفدها، مثل: أن يضربه فيجزأه نصفين أو قطع أوراكه أو خرق أمعاءه، فانتشرت حشوته، فإنه يؤكل جميعه، ما بان منه وما بقى، كما لو قطع رأسه، بلا خلاف عندنا في المذهب.

وإن لم ينفد بذلك مقابله إلا أنه آيس من حياته، مثل أن يضربه، فأبان وركيه مع فخذيه، وكشف عن حشوته، ولم [يقطع] [٣] له حشوة ولا

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: يخرق.

[كشف][1] له أمعاء، فهل يؤكل ما بان منه من الوركين أو لا يؤكل؟ **فالمذهب على قولين [قائمين من المدونة]** [2] :

أحدهما: أنه لا يؤكل وهو قول مالك [في كتاب «محمد» ومثله لابن القاسم في «العتبية» في كتاب الصيد] [3] من «المدونة».

والثاني: أنه يؤكل ما بان مع ما بقى، وهو قول ابن الجلاب، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في «كتاب الذبائح» في المنخنقة وأخواتها.

وينبني الخلاف فيها على الخلاف في المأيوس منه، وهل تستعمل فيه الذكاة أم لا؟

فإن بقى ذلك متعلقًا، فلا يخلو من أن يكون [مما] [4] يلتحم ويعود إلى هيئته أم لا؟.

فإن كان مما يلتحم إلى هيئته فإنه يؤكل الجميع. وإن كان مما لا يلتحم ولا يعود إلى هيئته فحكمه حكم ما بان وزال فيؤكل الصيد [ولا يؤكل][5] ذلك الجزء (ق/ ١٢٥أ) والحمد لله وحده.

---

(١) في ب: قطع.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

المسألة الرابعة

فيما نَدَّ من الوحشي بعد تأنيسه أو لا ند من الإنسي أو تأنس من الوحشى، هل يؤكل بغير ذكاة أو لا يؤكل إلا بالذكاة؟ أما الوحش إذا تأنس كالظباء والوعول: فلا خلاف أنها لا تؤكل إلا بالذكاة، لأنها مأسورة مقدور عليها.

وأما ماله مثل مما لا يؤكل مثله من الإنس مثل الحمار، فقد اختلف فيه المذهب إذا تأنس، هل يؤكل أم لا؟ **على قولين منصوصين في «المدونة»**:

أحدهما: أنه لا يؤكل، وهو قول مالك في الحمار الوحشي إذا دجن فصار يعمل عليه كما يعمل على الأهلي، فقال: لا يؤكل.

[**والثاني: أنه يؤكل**] (١) وقال ابن القاسم : لا أرى بأكله بأسًا.

وسبب الخلاف: اعتبار التسمية، هل تراعى أو لا تُراعى؟

أما ابن القاسم، فلم يراع التسميات والألقاب في الأعيان المحللات والمحرمات، فالاعتبار عنده بالأعيان دون التسميات.

أما مالك رحمه الله، فقد اضطرب [قوله] (٢) في ذلك:

فتارة يعتبر الألقاب والتسميات.

وتارة يعتبر المعاني والأعيان.

وقد اعتبر مالك التسمية في هذه المسألة، لمشاركة الإنسي [الوحشي](٣) في التسمية، واعتبرها أيضًا في خنزير الماء، فقال: «أنتم تقولون خنزير

(١) زيادة ليست في « أ ، ب» .

(٢) في ب: مذهبه.

(٣) في أ: الأهلي والصواب ما أثبتناه من ب.

الماء، فأبقاه لأجل مشاركة الاسم.

وأما الإنسي إذا استوحش، هل يخرجه ذلك عن أصله أو لا يخرجه؟

أما الإبل والغنم فلا خلاف عندنا أن التوحش لا يخرجها عن أصلها، وأنها لا تؤكل [بما يؤكل][1] به الصيد من العقر والرمى.

واختلف في البقر، هل يخرجها ذلك عن أصلها أم لا؟

على قولين:

أحدهما: أن ذلك لا يخرجها عن أصلها، وهو مشهور المذهب.

والثاني: أن ذلك يخرجها عن أصلها، وتؤكل بما يؤكل به الصيد من العقر وغيره، وهو قول ابن حبيب، ولا يخفى على لبيب قول ابن حبيب.

و [أما] [2] إذا نَدَّ صيد الرجل، فأخذه غيره، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يتأنس عند الأول، وأخذه [الثانى] [3] قبل أن يتوحش.

والثاني: أن يأخذه بعد أن يتوحش، فإذا تأنس عند الأول وأخذه الثاني قبل أن يتوحش، كان للأول قولاً واحداً.

فإن أخذه بعد أن توحش، وقد نَدَّ بعد الاستئناس أو قبل الاستئناس، فقد اختلف فيه المذهب على ثلاثة أقوال:

أحدها : أنه يكون لمن أخذه آخرًا، نَدَّ منه قبل أن يتأنس أو بعد [ق/ ٦٥ب] وهو أحد أقاويل مالك، وبه أخذ ابن القاسم، وهو قوله في الكتاب.

والثاني: التفصيل بين أن يَند منه بعد أن يتأنس [فإنه يرد على الأول.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: التأنس.

وإن أخذه بعد أن توحش. وإن ند منه قبل أن يتأنس فإنه يرد للثاني وهو أحد أقاويل مالك أيضًا. والثالث: أن للأول وإن ندَّ منه قبل أن يتأنس][١]، ولا يزال ملكه عنه وإن أقام عشرين سنة، لأنه تقرر ملكه عليه بنفس أخذه. وانفلاته لا يزيل ملكه عنه بمنزلة ما لو غصب منه، وهو قول محمد بن عبد الحكم، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة، ودليل المذهب أن الثاني صاد صيدًا ممتنع الحق بالوحش على صفة ما كان عليه قبل أخذ الأول، فكان له حكم أصله الأول، وهو كصيد الماء إذا أخذه رجل، ثم أنصب من يده في اليم، فصاده غيره أنه له.

وأما ما كان عليه من السيور والحديد والحلى: فلا خلاف أنه للذي نَدَّ منه الصيد، ويرده [عليه] [٢] إن عرفه، ويعرفه به إن جهله، وهو قوله في كتاب تضمين الصناع من «المدونة»، وهذا كله إذا كان في يد الأول بالاصطياد.

وأما إذا كان في يده بشراء ثم نَدَّ ثم توحش، ثم صاده آخر، فعلى قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنه للآخر، وهو قول ابن المواز.

والثاني: أنه للأول، وهو قول أبي القاسم [بن الكاتب][٣] من متأخري المذهب وشبهه: لمن أحيا أرضًا مواتًا، ثم تركها حتى دثرت، ثم أحياها آخر أنها للثاني، إلا أن يكون الأول قد باعها، ثم دثرت عند المشتري، وأحياها آخر: أنها تكون للمشتري، ولا شيء عليه للذي أحياها آخرًا بعد الشراء، وهذا قياس صحيح، وهو قياس علة، والفرع أظهر،

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: في الكتاب.

وذلك أن الصيد لم يسرحه من أخذه تطوعا، وإنما غلب عليه ففر بنفسه، والموات قد تركه، حتى دثرت اختياراً، ونحن لا نختلف أنه لو سرح الصيد بنفسه، لكان لمن أخذه ولو غلب [على] [١] الموات وحيل بينه وبينها بغصب، حتى دثرت . لم يسقط ملكه عنها، ولم يكن لمن أحياها بعده.

وعلى القول بأنه يكون للآخر بعد أن توحش، فإن اختلف صاحبه مع الصائد، فقال صاحبه: نَدَّ مني منذ يومين، وقال الصائد: لا أدري متى نَدّ منك [القول قول من؟] [٢] ، **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أن القول قول الصائد، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أن القول قول صاحبه الذي نَدَّ منه، وهو قول سحنون، وهو ظاهر المدونة [ق/ ١٠٦ جـ] في غير ما موضع، وذلك أن الأصول موضوعة على أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، كما قال النبي ﷺ، فكيف يسوغ في الشرع أن ينقطع ملك الأول بلا بينة ولا شبهة بينة، لأن الصائد لم يدع شيئًا، ولو ادعى ما قبلت منه الدعوى إلا بقرينة التصديق، وكيف يزول ملك الأول بالشك، وهذا غير معهود في الشريعة؟، وهذا مما يُستجار الله فيه. والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

المسألة الخامسة

في الحمام إذا [خرج] (١) من برج إلى برج:

قال مالك: من أمر الناس القديم اتخاذ الأبراج، وإن غمرت من حمام الناس، فلا بأس به، يريد أن من أمر الناس أن كل من بنى برجًا، فقد سبقه غيره، فالذي أحدث [برجًا] (٢) من عشر سنين قد تقدمه [غيره] (٣) بتاريخ قبل ذلك، والآخر أيضًا تقدمه غيره، وكل واحد لا يبعد أن يصير إليه من برج من تقدمه، وهو أمر لا يقدر الناس على الامتناع منه، وهو مما تدعو إليه الضرورة، وهذا ما لم يحدثه الثاني بقرب الأول، فإنه يمنع، لأن ذلك ضرر عليه.

وإذا [دخل] (٤) حمام برج [في برج] (٥)، فلا يخلو الحكم فيها من ثلاثة أوجه:

إما أن يعرفها ويقدر على ردها.

أو يعرفها ولم يقدر على ردها.

أو لا يعرفها بعينها.

فإن عرفها وقدر على ردها ردها قولاً واحدًا.

وإن عرفها ولم يقدر على ردها، ففيها قولان:

أحدهما: أنها [لمن] (٦) صارت في برجه، ولا شيء عليه، وهو قول

---

(١) في ب: دخل.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: خرج.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

ابن القاسم في «المدونة».

والـثـانـي: أنه يرد فراخــها، ولا شيء عليه غير ذلــك، وهو قول ابن حبيب.

فإن جهلت ولم يعرفها بأعيانــها بين الحمام، كانت لمن ثبتت عنده، ولا شيء عليه فيهم.

قال الشيخ أبو الحسن اللخمي: «وقول مالك إذا عرفها وقدر على ردها [أنه يردها][(١)] للأول، موافق لقول محمد بن عبد الحكم في الصيد، لأنها في حال كـونها في برج علــى حال التوحش، فيـنبغي على قــول مالك أن يكون لمن صار إليــه، بل هو في هذا أضعف، لأن ما في البــرج ليس بملك محقق، فكان رد ما يقدر على ملكه أولى.

والنحل إذا خرجت مــن جبح إلى جبح، فاختلطت بما فـيه مثل الحمام سواء.

فلو خــرج فرخ، فضرب فــي شجرة، ثم خــرج فرخٌ آخر لرجــل آخر فضرب عليه، قال ذلك للأول، وبه قال سحنون.

قال أبو إسحاق: «ولو تلاقيا في الشجرة، فعاشا فيها وأفرخا لوجب أن يكونــا، وما أحدثا من عــسل بين صاحبي الـفرخين، إذ لا مزية لأحــدهما على الآخر.

وأما نــصب الأجـباح الفــارغة بقــرب من أجــباح النــاس، فلا يــجوز [ذلك][(٢)] لأنه كأنه أراد أخذ نخلها، وهو قول ابن كنانة.

قال أشهب إن فعــل، وليس هناك [إلا][(٣)] محل مربوب، فــهم فيها

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

دخل في الأجباح أسوة.

وإن كان فيها نحل مربوب ونحل غير مربوب، فلينصب، وما دخل إليه فهو له يريد أشهب أن يحمل على أن الذي دخل إليه غير مربوب لأن [السنة][1] في المربوب أن أصحابه يرصدونه زمان يفرخ فيه، فيأخذونه إليهم إلا أن يتبعه صاحبه بأثره حتى يدخل فيه، فإنه يأخذه ويكون أحق به من صاحب الجبح. والحمد لله وحده.

---

(١) في ب: الشأن.

كتاب الذبائح

بسم الله الرحـمن الرحيم [وصلى الله على مـحمـد وآله وسلم][1]:
تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها أربع مسائل:

المسألة الأولى

في مـعـرفـة مـا يحل أكله ومـا لا يحل أكله من سـائر الحـيـوانات، فالحيوانات ضربان: بري وبحري، فالبحري ضربان أيضًا:

ضرب منه لا حياة له في البر أصلاً: فهذا لا خلاف أنه يحل أكله بغير ذكاة.

وضرب له حياة في البر، كقرش الماء، فالمذهب فيه على قولين:

أحدهما: أنه يؤكل بغير ذكاة، وهو قول مالك في «المدونة».

والثـاني: أنه يفتقر إلى الذكاة، وهو قوله في «مختصر الوقار»، لأن له في البر رعيًا.

ولا خلاف في المذهب عندنا أن ميتة البحر تؤكل على أي صفة كانت، لقوله ﷺ: «**هو الطهور ماؤه، الحل ميتته**».

واتقى مالك رحمه الله: خنزير الماء وكلب الماء لمشاركة الاسم.

وأما التمساح: فلم أجد في المذهب فيه نصًا، ورأيت لسعيد بن المسيب في «النوادر»: أنه يؤكل، وإن كان ذا ناب.

وأمـا الـبـري: فإنه ينقـسم أيضًا إلى: ما ليس لـه نفس سائلة، وأعني بالنفس: الدم.

---

(١) سقط من أ.

وما له نفس سائلة.

وأما ما ليس له نفس سائلة، كالجندب والعقرب والخنفساء والزنبور واليعسوب والذر والنمل والسوس والحلم والدود والبعوض والذباب وجميع الحشرات: فلا خلاف في جواز أكلها لمن احتاج إليها لدواء أو غيره، وهو قول مالك في كتاب «ابن حبيب».

واختلف هل يفتقر أكلها إلى ذكاة أو لا يفتقر؟ **على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أنه لا يفتقر إلى ذكاة، وهو [ظاهر] [1] قول مالك في [آخر][2] كتاب الوضوء: «في الخشاش إذا وقع في طعام أو شراب أو ماء، فلا يفسده، وهذا بناء منه على أنها لا تفتقر إلى الذكاة، وهو ظاهر قول القاضي عبد الوهاب في «التلقين».

والثاني: أنها لا تؤكل إلا بذكاة، وهو ظاهر قوله في كتاب «الذبائح»، وأن ذكاته كذكاة الجراد، وهو قول مالك في كتاب «ابن حبيب».

وينبني الخلاف فيها على الخلاف في الجراد، هل يفتقر إلى الذكاة أو لا يفتقر إليها؟

فمن قال أنه لا يفتقر إلى الذكاة وأن ميتته تؤكل، وهو قول مطرف وابن عبد الحكم، وهو مذهب أكثر السلف قال: لا تفتقر الحشرات إلى الذكاة.

ومن قال أنه يفتقر إلى الذكاة، فقد اختلف في ذكاته على قولين:

أحدهما: أن أخذه ذكاته، وهو مذهب سعيد بن المسيب وعطاء بن شهاب وربيعة، وبه قال ابن وهب عن أصحاب مالك.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

فإن مات حتف أنفه بعد أخذه: فإنه يؤكل.

وعلى هذا القول فإنه يسمى الله عند أخذه.

والثاني: أن ذكاته أمرٌ زائد على الأخذ، ولا بد من عمل يعمله [فيه](١) بعد الأخذ، وما ذلك العمل الذي إذا عمله [فيه] (٢) صار ذكاة؟

أما كل ما يموت الجراد منه من فعل، مثل أن يقطع رؤوسها أو يسلقها أو يشويها: فلا خلاف أن ذلك ذكاة لها، ويسمى الله عند ذلك [ق/١٢٦أ].

واختلف في قطع الأرجل والأجنحة، على قولين:

أحدهما: أن ذلك ذكاة، وهو قول مالك في المدونة.

والثاني: أن ذلك ليس بذكاة، وهو قول أشهب في «مدونته»، وإن ماتت من ذلك.

واختلف أيضًا: إذا سلقت الأحياء مع الأموات منها أو سلق ما يتساقط من أرجلها، على قولين:

أحدهما: أنه يطرح جميعها ولا يؤكل، وهو قول أشهب في «مدونته».

والثاني: أنها تأكل الأحياء وتطرح الأموات، والأفخاذ بمنزلة خشاش الأرض يموت في القدر، وهو قول سحنون في «النوادر».

وسبب الخلاف: اختلافهم في الجراد، هل هو من صيد البر أو من صيد البحر؟ والمشهور أنه من صيد البر، لأن مرعاه في البر [وحياته] (٣) فيه.

والحلزون كالجراد في كل ما ذكرناه.

---

(١) في أ: فيها.

(٢) في أ: فيها.

(٣) في أ: وفاته.

وأما ماله نفس سائلة مما له لحم ودم، فإنه ينقسم أيضًا إلى حيوان مألوف وحيوان غير مأولف:

فغير المألوف بنقسم إلى: ذوات الريش وذوات [الأرجل] (١) : فذوات الريش: قال مالك رحمه الله في كتاب النوادر: لم أدرك أحدًا ينهى عن أكل شيء من الطير، سباعه وغير سباعه، وما يأكل الجيف وما لا يأكل الجيف إلا أن يتقذر متقذر، وذكر ابن حبيب أن عروة كره أكل الغراب والحدأة لما سماها النبي ﷺ فاسقين.

قال محمد بن الجهم: «ليس ذلك يحرم أكلها، وإنما سماهما النبي ﷺ فاسقين، لإذايتهما المحرم، والفاسق هو المتعدي»، وروى علي بن زياد عن مالك: «أنه كره أكل الخطاطيف».

قال أبو إسحاق: «لم يثبت تحريم كل ذي مخلب من الطير عن النبي ﷺ».

وأما ذوات الأرجل من هوام الأرض كاليربوع والخلد والوبر والفأرة والحيات والوبرل والقنفذ والضب، وغير ذلك من هوام الأرض:

أما اليربوع والفنفذ والضب: فلا خلاف أعلمه في المذهب في جواز أكلها، وذكاتها، كذكاة الحيوانات المألوفة على ما نصفه بعد إن شاء الله.

وأما الحية: فقد اختلف فيها قول مالك بين الإباحة والكراهة: فمرة: كره أكلها وأكل العقرب من غير تحريم إذا أكلا لغير ضرورة، وما كره ذلك إلا للسم، وهو قوله في «الواضحة».

ومرة: جوز أكلها لغير ضرورة ولا كراهة، وهو قوله في «كتاب الحج»، لأنه جوز هناك أكلها، ولم يذكر الحاجة وقال في «كتاب الذبائح»:

---

(١) في أ: الرجل.

«يجوز أكل الحـيات إذا ذكيت في موضع ذكـاتها لمن احتاج إليـها»، يريد: التداوي.

والقـــــولان: قـائمان من المدونة جـوزه في «الحج» دون كـراهة، وفي [الذبائح] (١) مع الكراهة.

وأما الفأرة، فهل يجوز أكلها مع الكراهة أو دون الكراهة؟ **قولان قائمان من المدونة:**

أحـدهـمـا: أن أكلها مكروه من غـير تحريم، وهو نص قـول مالك في كتـاب «ابن حبيب»، وهو ظاهر قـوله في «المدونة» في «كتـاب الوضوء»، حيث قـال: «ويغسل [مـا أصابه] (٢) بول الفـأرة»، فلو أباح أكلهـا دون الكراهة ما أمر بغسل بولها.

والثـــاني: أن أكلها مُباح من غير كراهة، وهو ظاهـر قول مالك في «كتاب الـذبائح»، حيث قال: لا بأس بأكل الخلد وقال: الخلد فـأر أعمى يكون بالحجاز: فقد جوزوا أكل الفأرة في هذا الموضع من غير كراهة، إذ لا فرق بين الأعـمى والبصيـر، وليس المبيح لأكله، لكونه أعـمى، ولا يتوهم ذلك عاقل.

وأما غيـر المألوف من ذوات الأرجل من سائر السباع والوحـوش، فإنها تنقسم إلى ثلاثة أقسام:

قسمٌ منـها لا يحل أكله بالاتفـاق، وهو الخنزير، ولا خلاف في لحـمه وشحمـه، أما اللحم: فالنص عليه، والشـحم: داخل في اللحم، على ما تقدم لنا في النذور والأيمان»، وأما الجلد فـلا يخلو من أن يكون مدبوغًا أو غير مدبوغ:

---

(١) في أ: الذبح.

(٢) سقط من أ.

فإن كان غير مدبوغ، فهل يجوز الانتفاع به أم لا؟، فالرواية أنه لا يجوز الانتفاع به، ولا يبعد دخول الخلاف فيه بالمعنى، كجلد الميتة سواء، وقد نزلهم الله تعالى في قرن، [فقال: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾] (١) [المائدة : ٤٣].

وقد اختلف المذهب عندنا، هل حكمه حكم اللحم أو حكم العرض؟، على ما سنبينه في «كتاب [التجارة إلى أرض الحرب](٢) إن شاء الله تعالى.

وقال أبو الحسن اللخمي: [حكم الجلد] (٣) حكم اللحم، لأنه لحم، وقد تؤكل الشاة سميطًا، ويكون ذلك [مما] (٤) يستطاب منها وإنما يعاف الناس الجلد إذا بان عن اللحم.

فإن كان جلده مدبوغًا، فقد اختلف فيه المذهب على قولين:

أحدهما: أنه ينتفع به بعد دباغه، كجلد الميتة على سواء، وهو قول الشيخ أبي الحسن اللخمي.

والثاني: أنه لا ينتفع به أصلاً، وحكمه حكم لحمه، وهو قول الشيخ أبي بكر الأبهري، قال: «بخلاف جلد الميتة»، يريد: لأن النص ورد في جلد الميتة، ولم يرد في جلد الخنزير.

وينبني الخلاف على الخلاف في الرخص، هل يقاس عليها أم لا؟ وذلك أن إذنه ﷺ بالانتفاع بجلد الميتة بعد دباغه، رخصة منه لأمته ﷺ.

واختلف في الانتفاع [بشعره] (٥) على ثلاثة أقوال:

أحدها: [ق/ ١٠٧جـ] جواز الانتفاع [به] (٦) للبيع وغيره، وهو

---

(١) سقط من أ. (٢) سقط من أ.
(٣) في أ: حكمه.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

قول ابن القاسم في «العتيبة»، وهو كصوف الميتة عنده.

والثـاني: أنه لا ينتفع به أصلاً، وليس هو كصوف الميتة، بل هو كالميتة الخالصة، وكل شيء منه محرم حي وميت، وهو قول أصبغ.

والقول الثالث: أنه ينتفع به في [مثل] [١] [الخرازة][٢]، وهو قول مالك في المبسوط، وظاهر قوله أنه لا يستعمل في غير ذلك.

وسبب الخلاف: ما قدمناه من الرخص، هل يقاس عليها أم لا؟

ولبن الخنزير كلحمه.

وأما ابن آدم: فلا خلاف بين المسلمين أن لحمه حرام أكله، وإنما اختلف العلماء، هل تحريمه تحريم حرمه أو تحريم [حرام][٣]؟

فمنهم من قـال: إن تحريمه تحريم حرمـه، لأن الله تعالى شرفه وكـرمه على جميع خلقه.

ومنهم من قال: تحريمه تحريم [حرام وهو الصحيح][٤].

والقسم الثـاني: ما يجـوز أكله بالاتفاق، وهو ما كـان من الظبـاء وبقر الوحش وحـميـر الوحش وغـير ذلـك مما هو معلوم جـواز أكله من سـائر الوحوش بالذبح والعقر، على حسب ما بيناه في كتاب الصيد.

والقسم الـثالث: المختلف فيه، وهو أكل السبـاع العادية وغير العادية، هل هي محرمة أو مكروهة؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أن أكلها مكروه العادي منها وغير العادي، وهو قول أبي بكر

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: الجزازة.

(٣) في أ: تحريم.

(٤) سقط من أ.

الأبهري وابن الجهم .

والثاني: التفصيل بين السباع العادية وغير العادية [فالسباع العادية كالأسود والنمور والذئاب والكلاب لم يختلف المدنيون في تحريم لحومها. وأما غير العادية][١]، مثل: الذب والضبع والثعلب والهر الوحشي والإنسي والقرد: فيكره أكلها ولا يبلغ [به التحريم] [٢] للاختلاف فيها، قاله مالك وابن الماجشون على ما نقله ابن حبيب.

وسبب الخلاف: تعارض العمومين، عموم الكتاب وعموم السنة:

أما عموم الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ **قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ**﴾ [الأنعام : ١٤٥] .

وأما [عموم السنة][٣] : فقوله ﷺ: «**كل ذي ناب من السباع حرام**»، وعلى هذا ترجمة مالك في «الموطأ»: «باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع».

قال الشيخ أبو إسحاق التونسي: «وفي تحريم أكل «كل ذي ناب من السباع» ضعف، لأنها رواية انفرد بها، ورواه غيره ولم يذكر فيه التحريم.

وقال اللخمي: «عموم السنة أقوى [وأصوب] [٤] من عموم المسألة لوجوه:

أحدها: أن قوله سبحانه ﴿**قُل لَّآ أَجِدُ**﴾، إخبار عن الماضي [ق/٦٦ب]، ولا يقتضي ذلك أنه لا يجد في المستقبل، ولا أنه لا ينزل عليه تحريم

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: ما يحرم.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

[غير][1] تلك الأربعة.

والثاني: أنه قد وجد تحريم ذبائح المجوس، وهما مطعونان، ولم تتضمن تلك [الآية] [2] تحريمها.

والثالث: أن الآية مكية، والحديث مدني، والمتأخر يقضي على المتقدم، ولا يعترض أيضًا بحديث ثعلبة في قوله: «نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي ناب»، لأن النهي يحتمل التحريم والكراهة، وحديث أبي هريرة يفيد بلفظ التحريم، والمطلق يحمل على المقيد.

وعلى أن السباع محرمة، هل يجوز أن تذبح لجلودها أو لا يجوز؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أنه يجوز أن تذبح لجلودها، وهو قول مالك في «كتاب الذبائح».

والثاني: أن الذكاة لا تستعمل فيها للحومها ولا لجلودها، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب الجهاد» من «المدونة»، في جواز أكل شحوم اليهود.

وسبب الخلاف: الذكاة، هل تتبعض أو لا تتبعض؟

[فمن][3]: رأى أنها تتبعض، وهو قول محمد بن مسلمة أنها تتبعض، قال: بجواز [استعمال][4] الذكاة في السباع المكروهة [الأكل][5]، فجعل أن الذكاة تحل في الجلود دون اللحم، وهذا أغرب شيء يقال.

[ومن] [6] رأى أن الذكاة لا تتبعض، فقال: بجواز أكل شحوم

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: فمرة.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) في أ: ومرة.

اليهود، وذلك أن الشحوم محرمة على اليهود، لقوله تعالى: ﴿ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا ﴾ [الأنعام: ١٤٦] على ما يأتي عليه البيان في موضعه إن شاء الله.

وقد أباح الله تعالى لنا طعام أهل الكتاب، فقال: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ [المائدة: ٥] ، والشحوم ليس من طعامهم.

ثم وردت السنة بجواز أكل شحوم اليهود [يوم خيبر] (١) ، وما ذلك إلا لكون الذكاة تسري في جميع أجزاء الشاة المذكاة وشائعة فيها [ولا يختص بها](٢) جزء دون جزء، من غير اعتبار بنية الذابح في الكمال والتبعيض.

وأما الحيوان المألوف، فإنه ينقسم إلى الأنعام والدواب:

فالأنعام: الإبل والبقر والغنم: فلا خلاف بين الأمة في جواز أكلها إذا حصلت فيها الذكاة بشروطها على ما سنعقد فيه مسألة مفردة إن شاء الله تعالى.

وأما الدواب: الخيل والبغال والحمير، فقد قال مالك رحمه الله: لا تؤكل لحومها ولا تشرب ألبانها.

أما الحمير: فقد ثبت عن النبي ﷺ النهي عن أكلها، وذلك في يوم خيبر أمر بإكفاء القدور، لما أخبر بذبح الناس الحمير.

واختلف العلماء، هل النهي فيها على معنى التحريم أو على معنى الكراهة؟ **على قولين:**

مشهور المذهب أنه على الكراهية، وأن الكراهية فيها مغلظة واختلفوا

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.

أيضًا في النهي، هل هو معقول المعنى [أو غير معقول المعنى] [١] على ما هو مذكور في الأمهات؟

والمشهور أن النهي غير معقول المعنى.

والبغال: مثل الحمير، وهما جنسٌ واحد، على [ظاهر] [٢] ما وقع لابن القاسم في كتاب «السلم الأول» من «المدونة».

واختلف في لبن الأتن، وهي إناث الحمير، هل يشرب للدواء أو لا يشرب؟

والمشهور أنه يجوز شربه للتداوي، وقد روى عنه ابن حبيب حديثًا عن النبي ﷺ أنه أباحه [ق/ ١٢٧ أ]، وأجازه سعيد بن المسيب والقاسم وعطاء، ومالك حدث به الجذامي عن الواقدي، وقال أشهب عن مالك في «العتبية» من غير أن يرونه مذهبهم: «لا بأس بالتداوي بشرب أبوال الإبل، ولا بأس بشرب أبوال الأنعام كلها».

وأما أبوال الأتن وأبوال الناس، فلا خير في ذلك، وروى سحنون عن ابن القاسم أنه قال: «لا بأس أن يتداوى بشرب [لبن] [٣] المرأة، ويشربه الناس».

وأما الفرس: فإنه لا يؤكل عندنا إلا أنه لا يبلغ به مبلغ البغال والحمير في التحريم فلا خلاف فيه، نقله ابن حبيب قال ابن المواز: وأجاز ابن المسيب أكل الفرس».

وقال ابن شهاب: «ما رأيت أحدًا يأخذ به»، وقد كرههُ ابن عباس.

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ب: بول.

قال مالك: «وقد وصف الله تعالى ما خلقت له، فقال: «لتركبوها وزينة»، وقال أيضًا: ﴿ وَالأَنْعَامَ خَلَقَهَا لَكُمْ فِيهَا دِفْءٌ ﴾ [النحل: ٥]، فبين الله تعالى منافع كل جنس، وما خلقت له، وذلك في معرض الامتنان».

واختلف في لحم الجلالة من الأنعام ولبنها وعرقها [وبولها][١] فأما اللحم، فقد اختلف فيه بين الإباحة والكراهية:

فمالك جوز أكله دون الكراهة.

وابن حبيب جوزه مع الكراهة، والجلالة من الطير عنده أخف.

ولم يأت فيها كراهة إلا ما رُوى عن ابن عمر [أنه كان يربطها ثلاثة أيام تأكل الحب ثم يذبحها. وأما روثها فنجس والجلالة من الأنعام. روى عن ابن عمر وأبيه عمر بن الخطاب رضي الله عنهما] [٢] أنها كرها لحومها وألبانها وركوبها.

وأما اللبن والبول والعرق، فاختلف فيها بين الطهارة والنجاسة، على ما قدمنا من بيانه وإيضاحه في «كتاب الوضوء» وفي «النوادر»، ومما روى عنه ﷺ: أنه [استثقل] [٣] أكله [في الشاة] [٤] من غير تحريم، ثم الطحال والمرارة والعروق والعسيب والأنثيين والكليتين والمثانة وأدنى القلب.

قال الشيخ أبو محمد: «وسئل أبو محمد عبد الله بن الأبياني عن خصيتي الخصى يردان إلى داخل ويربطان [فيه] [٥] فيبطل فعلهما ويتغير

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: كان يستثقل.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

خلقتهما، هل يؤكلان؟ وإذا طبختا، هل يؤكل ما في القدر؟ قال: لا بأس بذلك لاتصالهما بالجسد، والحياة تجري فيهما، والغذاء يصل إليهما، وتحصيل ذلك أن الذكاة لم تدع [في الشاة][1] شيئا محرمًا» والحمد لله وحده.

(١) سقط من أ.

المسألة الثانية

في الذكاة: وفي هذه المسألة خمسة أسئلة:

السؤال الأول: في معرفة من تصح ذكاته.

والثاني: في الآية التي بها يذكى.

والثالث: في شروط الذكاة.

والرابع: في معرفة ما تصح ذكاته بنحر.

والخامس: ذكاة الجنين.

فالجواب عن السؤال الأول: في معرفة من تصح ذكاته.

والذكاة: تصح من مسلم عاقل بالغ غير مضيع للصلاة، ومن كتابي ذبح لنفسه، فهذه [جملة] [1] متفق عليها [ومنها ما هو مختلف فيه][2] فقولنا: «من مسلم» احترازاً من المشرك، ولا خلاف عندنا أن ذبائح المجوس محرمة، وأنها ميتة.

وقولنا: «بالغ» احترازاً من غير البالغ، إلا أن غير البالغ ينقسم إلى مميز وغير مميز: فغير المميز: لا خلاف عندنا أن ذكاته لا تصح، لعدم القصد والمعرفة.

و [أما][3] من له التمييز: فلا إشكال أن ذكاته مكروهة ابتداء، فإن ذبح وأوقع الذكاة موقعها، فهل تؤكل أو لا تؤكل؟

---

(١) في جـ: خمسة.

(٢) سقط من أ، ب.

(٣) سقط من أ.

قولان:

أحدهما: أنها تؤكل، وهو قول مالك في «المدونة» وكتاب محمد.

والثـاني: أن ذبيحتـه لا تؤكل على معنى الاستحـباب، وهو قول أبي مصعب.

وكـذلك ذبيحـة [المرأة] [١] عنده [كـان] [٢] ذبحـها على مـعنى الاضطرار أو الاختيار.

قال مالك [في كتـاب محمد][٣]: «وتذبح المرأة أضحيـتها، ولا يذبح الصبي [أضحـيته][٤]، والفرق بينهمـا [صحة] [٥] وجود القـربة من المرأة وعدمها من الصبي، لأنه غير مكلف».

وقولنا: «عاقل»، احـترازاً من المجنون والسكران، فإن ذكاتهـما ليست بذكاة، لعدم القصد، ولا خلاف عندنا أن الذكاة تفتقر إلى النية، ولا يصحُّ وجودها من السكران والمجنون.

وقولنا: «غير مـضيع للصلاة» احترازاً من تارك الصلاة ومضيـعها، فإن من أكل ذبيحته قولان:

أحدهما: قول مالك «أنها تؤكل»، وهو المشهور.

والثاني: أنها لا تؤكل، وهو قول ابن حبيب.

وسبب الخلاف: هل يكفر من ترك الصلاة أو لا يكفر؟

وقولنا: «من كتـابي ذبح لنفسه» احتـرازاً من أن يذبح لمسلم نيابة عنه،

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

وقد اختلف المذهب في أكل ما ذبحه لمسلم، **على قولين:**

أحدهما: أنها تؤكل فيما عدا الأضحية، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنها لا تؤكل جملة، وهي رواية ابن [أبي] [١] أويس عن مالك في «المبسوط».

وفي المسألة قول ثالث: أن ذبيحته لمسلم تؤكل، سواء وكله على ذبح شاة لحم أو على أضحية، وهو قول أشهب في «مدونته».

قال مالك في «كتاب محمد»: ويجوز أكل ذبيحة الأغلف والجنب والحائض».

وقال أيضًا: «وتؤكل ذبيحة السارق، لأنه إنما خرج عليه بمعنى السرقة، لا لأجل الذبح».

والجواب عن السؤال الثاني: الآلة التي بها يذكى والذكاة تصح بكل مجهز قاطع من حديد أو قصب أو عود أو حجر أو زجاج أو قرن أو عظم، وقد قال: «لا بأس أن يذبح بالليطة [والشريطة][٢]، والمروة والمدية، فالليطة: فلقة القصبة ، [والشريطة][٣]: فلقة العصا، وهي الطرر أيضًا، والمروة: الحجر والمدية: السكين.

والدليل على جواز الذبح [ق/ ١٠٨ جـ] بالأشياء التي ذكرناها حديث رافع بن خديج، خرجه البخاري ومسلم، أنه قال: يا رسول الله، إنا لاقو العدو غدًا، وليس معنا مدى، أفنذبح بالقصب؟، فقال رسول الله ﷺ: «**فما أنهر الدم، وذكر اسم الله عليه فكل، ليس السن والظفر**».

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: والشطيرة.

(٣) في أ: والشطيرة.

وفي حديـث آخر: «**إلا السن والظفر، وسـأحدثكم عنهمـا، أما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة**».

وقد اختلف المذهب في الذبح بهما [في الاتصال والانفصال](١)، على أربعة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز جملة، وهو قول مالك في كتاب محمد.

والثـاني: أنه يجوز الذكاة بهما، بالاتصال والانفصال، وهو ظاهر قول أبي الحسن بن القصار، لأنه قال: «وعندي أن السن إذا كان عريضًا ممدودًا، أو الظفـر كذلك، أن تبـاح [بهمـا] (٢) الذكـاة كـالعظم، ولـكنه مكروه كالسكين [الكالة](٣).

وبهذا أخـذ أبو حنيـفة: «إذا كان منـفصلاً» [وقـال الشيخ أبو الحـسن اللخـــمي](٤)، وظاهر قول أبي الحسن: أنه حـمل قول مالك على أنه «لا تصح الذكاة بالسن والظفـر بحال، كان منفـصلاً أو متصـلاً، وأنه هو أجاز ذلك لوجهين، وإن كان مـتصلاً، لأنه قال: «وبهذا أخذ أبو حنيـفة إذا كان منفصلاً».

وقال الشيـخ أبو الحسن اللخمي: «الحكم في المتصل والمنـفصل سواء، لأن الاستثناء ورد فيها جملة».

والثالث: التفصيل بين أن يكونا منزوعين أو مزكيين: فإن كانا منزوعين، ولم يصغرا عن الذبح، حتى يمكن الذبح بهما، فلا بأس به، وهو قول ابن حبيب.

---

(١) سقط من ب، جـ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ب: الكليلة.
(٤) سقط من أ.

والرابع: التفصيل بين السن والظفر، فيجوز بالظفر ولا يجوز بالسن، وهذا القول حكاه ابن القصار عن بعض شيوخه، وهو ظاهر «المدونة» لأنه جوز فيها الذكاة بالعظم، ولا فرق بين العظم والظفر.

وسبب الخلاف: اختلافهم في المفهوم من تعليله ﷺ: «**فأما السن فعظم، وأما الظفر فمدى الحبشة**»، هل المفهوم منه أن السن والظفر لا مجهزان أصلاً، فلا يحصل بهما المقصود، وذلك بعيد من الظاهر، والمفهوم منه: أن الذكاة لا تصح بهما أصلاً.

ويحمل قوله: «أما السن فعظم» [على أن] [1] معناه: لا تصح به الذكاة في شيء يعني ، وكون الظفر أيضًا بمدى الحبشة، فلا يجوز أن يذكى بها، وإن تمكن [بهما من] [2] الإجهاز والإنهار، لأن النبي ﷺ علل بكونه لا ينهر الدم لا هو ولا السن، وإنما علل بكون هذا سنًا، وهذا مدى الحبشة، ويكون ذلك شريعة غير معقولة المعنى.

وعليه يدل الاستثناء، ولا سيما إذا حملناه على أنه استثناء من الجنس، وهو الأظهر [أو المفهوم منه أن السن والظفر لا يجهز ولا يحصل منه المقصود وذلك بعيد عن الظاهر][3].

وفي «النوادر»: «لا بأس بالذبح بشفرة لا نصاب لها والرمح والقدوم والمنجل الأملس الذي يجز به، فأما المضرس الذي يحصد به، فلا خير فيه، لأنه يتردد [بها][4]، ولو قطع كقطع الشفرة، فلا بأس به، ولكن ما أراه يفعل.

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

والجـواب عن السـؤال الثـالث: في معرفـة شرط الذكاة، فالذكـاة لها فرائض وسنن وفضائل:

ففرائضـها ستة: ثلاثة متفق عليها في المذهب، وثلاثة مختلف فيها في المذهب:

فأما الثلاثة المتفق عليها في المذهب:

النية: وهي القـصد إلى الذكاة، ليبـيح بها أكل تلك الذبيحـة، فإذا لم تكن له نية إلى استباحتها لم تؤكل، وكانت ميتة.

ولأجل هذا منعنا أكل ذبيـحة المجنون لعـدم القصـد. وقطع الودجين، لقوله عليه السلام: «**ما فرى الأوداج فكلوا**».

وفي البخاري ومسلم: «مـا فرى الأوداج، فكل»، وإن كان السبب في السؤال عن الذي يذكى به، فإنه يتـضمن الموضع الذي تقع فيه لاختـصاصه بما ينهر الدم، ولم يقل: ويقطع الحلقوم والمرئ، والودجان موضع [ذكاة][1] الدم لا الحلقوم.

وفي البخاري عن عطاء، قال: «**الذكاة قطع الأوداج**».

وأما الثلاثة المختلف فيها في المذهب: المرىء والحلقوم والفور:

فأما المرئ: فقد اختلف فيه المذهب على قولين:

أحدهما: أنه ليس من شروط الذكاة، وهو قوله في «المدونة» ولم يذكر مالـك المرىء، لأنه قال «والذكـاة في الودجين والحلقوم»، ثم قـال: «ولم يذكر مالك المريء، وهو الحلقوم الذي يدخل فيه الطعام والشراب»، معناه: لم يذكره في شروط الذكاة.

---

(١) سقط من أ.

والثاني: أنه من شروطها، وهو قول مالك أيضًا في كتاب [أبي تمام][1] البغدادي»، على ما نقله اللخمي.

وأما الحلقوم: فهل هو من شروط الذكاة أم لا؟

على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن قطع الحلقوم من شروط الذكاة، وهو نص المذهب.

والثاني: أنه ليس من شروط الذكاة، وهو قول جماعة من أصحاب مالك، وقد استقرأه اللخمي من «المدونة» من «كتاب الصيد»، من قوله: «إذا أدرك الصيد، وقد أنقذت [الجوارح] [2] مقاتله، يستحب له أن يفري أوداجه»، فإن فرا الكلب أو الباز أوداجه:

قال مالك: «هذا قد فرغ من ذكاته كلها، ولم يراع الحلقوم»، ولو كان ذلك [من شروطه] [3] لقال: «يجهز على الحلقوم»، لأنه يصح أن يعض الكلب بأنيابه الجانبين، فيصيب الودجين دون الحلقوم.

ويشهد لصحة هذا الاستقراء، ما وقع لمالك في «المبسوط»: في رجل ذبح ذبيحة، فقطع أوداجها ثم وقعت، في ماء حيث قال: «لا بأس بأكلها».

واختلف إذا ذبح فقطع الأوداج، ورد [الغلصمة][4]، التي هي الجوزة كلها إلى البدن، هل تؤكل أو لا تؤكل؟ **على قولين:**

أحدهما: أنها تؤكل، وهو قول ابن وهب وأبي مصعب وموسى بن

---

(١) في جـ: أبي تمامة.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في جـ: القصبة.

معاوية، وأبي زيد بن أبي العمر.

والثاني: أنها لا تؤكل، وهو قول ابن القاسم وأصبغ، [قال أصبغ][(1)]: لأن الحلقوم لم يقـطع منه شيء، والذي قاله صحـيح، لأن القطع إنما وقع في حد اللسان (ق/ ١٢٨أ)، وأما أشهب وابن عـبد الحكم وسحنون: فقد اضطربت أقوالـهم [وما اطردت] [(2)] [فمرة قالوا: أنهـا لا تؤكل مثل ما قال ابن القاسم][(3)].

ومرة قالوا: تؤكل مثل ما قال ابن وهب.

وقال ابن وضاح: لم يحـفظ لمالك فيها شيء، ولم يتكلم فـيها إلا في أيام ابن عبد الحكم ونزلت [به] [(4)].

ولو ذبح الجزار لرجل شـاة، فأجاز الغلـصمة إلى البـدن: يضمن على قول ابن القاسم، ولا يضمن على قول ابن وهب وغيره.

وسبب الخلاف: اختلافهم في قطع الحلقوم، هل هو من شروط الذكاة أم لا؟

فلو قطع الأوداج وأكثر الحلقوم، هل تؤكل أم لا؟ **فـالمذهب على ثلاثة أقوال**:

أحـدها: أنها تؤكل إذا قطع من الحلقوم النصف فـأكثر، وهو قول ابن حبيب وغيره على ما حكاه الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في «النوادر».

والثاني: أنه إذا قطع منه الثلث فأكثر، أكلت، وهو قول ابن القاسم في «العـتبـية»، عـلى ما رواه عنه يحـيى بن يحـيى في الدجـاجة والحـمامـة

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ب.

(٤) سقط من أ.

والعصفور: إذا قطع أوداجه ونصف حلقومه أو ثلثه، قال: «لا بأس بذلك إذا لم يتعمد».

والقول الثالث: أنها لا تؤكل حتى يقطع [جميع] (١) الأوداج والحلقوم، وهو قول سحنون، فيما حكاه عنه الشيخ أبو محمد في الكتاب «المذكور» أيضًا.

وأما الفور، هل هو من شروط الذكاة أم لا؟

أما مع الذكر، فلا خلاف أنه لا يجوز له أن يبعض ذكاته مع اختيار.

واختلف إذا رفع يده، ثم أعادها بتردد ذلك، فأوجز ما بقى، هل تؤكل أم لا تؤكل؟ **فالمذهب على أربعة أقوال:**

أحدها: أنها تؤكل جملة، وهو قول ابن حبيب.

والثاني: أنها لا تؤكل [جملة] (٢) [إذا رفع يده قبل تمام الذكاة، ولو](٣) أعادها من ساعتئذ، وهو قول سحنون.

والثالث: التفصيل بين أن يرفع يده على معنى الاختبار أو على غلبة الظن:

فإن رفعها على معنى الاختبار أو ليرجع، أكلت.

وإن كان على غير ذلك، لم تؤكل، وهذا القول تأوله بعض [الأشياخ](٤) على سحنون.

والرابع: بعكس قول سحنون، أنه إذا رفع يده على معنى الاختبار لم

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من ب.
(٤) في جـ: الأصحاب.

تؤكل، لأنه رفع مع الشك، فكأنه قصد إلى تبعيض الذكاة عامدًا.

وإن رفع وهو نوى أنه أتم ذكاته، ثم تبين له غير ذلك، فعاودها، أكلت، وهو أعذر من الذي رفع يده على الشك، وهذا تأويل بعض المتأخرين أيضًا.

وسبب الخلاف: هل الفور من شروط الذكاة اضطرارًا واختيارًا أو ذلك مع الاختيار دون الاضطرار؟

أو ما قارب الشيء، هل يعطى له حكمه أم لا يعطى له حكمه؟

وأما إذا اضطربت الذبيحة وترنمت بيد الذابح وزال السكين من موضع الذكاة، ثم ردها من ساعته أكلت، ولا ينبغي دخول الخلاف في هذا الوجه من وجهين:

أحدهما: قرب الشيء وتفاهة ذلك.

والثاني: كونه مغلوبًا، ولو غلبته الذبيحة قبل تمام الذكاة، فقامت ثم أضجعها، وأتم الذكاة، فهاهنا ينظر:

فإن كان الذي فعل بها قبل القيام مما لا تعيش معه [كأن يكون][1] قطع أوداجها أو أحدهما، فهل تؤكل أو لا تؤكل إذا عاود الذبح؟

فهذا يتخرج على الخلاف الذي قدمنا فيما إذا رفع يده اختبارًا [ق/ ٦٧ ب] أو غلبة ظن.

وأما سنن الذكاة:

فمنها التسمية واستقبال القبلة:

أما التسمية، فقوله « بسم الله، والله أكبر»، ولا يذكر هنا غير الله

---

(١) سقط من أ.

تعالى، وليس بموضع الصلاة على نبينا محمد ﷺ، لقوله تعالى: ﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِن كُنتُم بِآيَاتِهِ مُؤْمِنِينَ (١١٨) وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٨، ١١٩] ، وقال النبي ﷺ: «ما أرسلت عليه كلبك أو بازك، وذكرت اسم الله عليه، فكله».

فإن تركها ناسيًا، فإنها تؤكل باتفاق المذهب.

وإن تركها عامدًا، فقولان:

أحدهما: أنها لا تؤكل، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنها تؤكل [إلا أن يتركها استخفافًا فلا تؤكل][1] وهو قول أشهب، فابن القاسم جعله بنفس التعمد مستخفًا.

وسبب الخلاف: المتهاون بالسنن، هل هو كالتارك للفرض أم لا؟

فإن قلنا: إنه كالتارك للفرض، فلا تؤكل بنفس التعمد للترك، لأنه على التهاون والاستخفاف، [يحمل][2]، لأن ترك التعليم دليل على الاستهزاء بأوامر الشريعة، ثم لا يعذر بالجهل، لأنه مما يعم.

وقد قدمنا فيما سلف أن العبادات التي تعم ولا تخص [يجب] على كل مكلف معرفة أحكامها، وينبغي أن تكون الذكاة من هذا القبيل، لأن الشارع صلوات الله عليه ندب [كل] [3] مكلف مطيق [للذبح][4] إلى ذبح أضحيته، وأمره أن يتولى ذلك بنفسه، ولا يوكل عليها غيره إلا عن عجز، ومن كان هذا حكمه فيندب أيضًا إلى معرفة أحكام الذكاة.

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: يحصل.
(٣) في أ: على.
(٤) سقط من أ.

وهذا كله يدل على أنه لا يعـذر بجهل أو يقـال التهاون بالـفرض ليس كالتهاون بالسنة فيعذر بجهل، وإلى ذلك مال أشهب.

وأما توجيه الذبيحة إلى القبلة، فإنه من السنن أيضًا.

فإن ترك التوجيه بها إلى القبلة:

فإن كان ساهيًا: أكلت اتفاقًا.

وإن كان عامدًا [ق/ ١٠٩جـ]: لم تؤكل.

فقيل: على معنى الاستحباب، وهو قول ابن المواز.

وقيل: على معنى الوجوب، وهو قول ابن حبيب.

وأما [فضائلها] (١) :

فمنها جبذ الشاة بالرفق عند الذبح، وأن لا يُريها السكين، وألا يذبحها وأخرى تنظر إليـها، وأن يضجعـها على شقهـا الأيسر، لأنه أمكن للذبح، فإن أضجعها على شقها الأيمن عامدًا، أكلت، وكره له ما فعل إلا أن يكون أعسر فيجوز ذلك له، لأن ذلك أشد تأتيًا وآكد تمكنًا.

والجواب عن السـؤال الرابع: في معرفة [ما يذبح وما ينحر وذلك على ثلاثة أوجه منها] (٢) ما يذبح ولا ينحر، وهو الغنم وسـائر الطيور المقدور عليها والنعام.

ومنها: ما ينحر ولا يذبح، وهي الإبل.

ومنها: ما يشرع فيه الأمران، وهي البقر.

أما الذبح، فبالقرآن.

---

(١) في أ: فضيلتها.

(٢) سقط من أ.

وأما النحر، فبالسنة.

أما القرآن، فقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ [البقرة: ٦٧]، وأما السنة: فحديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «نحر رسول الله ﷺ [عن أزواجه][١] البقرة»، وثبت عنه ﷺ «أنه نحر في حجة الوداع بضعًا وستين إبلاً»، وأمر عليًا رضي الله عنه: «أن ينجر ما غبر»، يعني: ما بقى، والجملة كانت مائة، [والغابر من الأضداد: يطلق على ما بقى وعلى ما مضى][٢].

وقال الله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧]، والذبح: ما يذبح، وقد كان كبشًا، فثبت [بذلك][٣] أن الذبح سنة [في][٤] الغنم والطيور.

والنحر سنة [في][٥] الإبل. والبقر يستعمل فيها الأمران.

واختلف إذا ذبح ما ينحر أو نحر ما يذبح، على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يؤكل، ولبئس ما صنع، وهو قول أشهب في «مدونته».

والثاني: أنه لا يؤكل، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثالث: التفصيل بين ما ينحر فيؤكل بالذبح، وما يذبح فلا يؤكل بالنحر، وهو قول ابن بكير، وهذا كله مع الاختيار.

وأما مع الاضطرار، كبقرة أو شاة وقعت في بئر أو بعير، فلم يستطع أن ينحر [البعير][٦]، ولا أن يذبح الشاة أو البقرة، فهل يجوز أن ينحر [في][٧]

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من ب.
(٣) في ب: بمجموع ذلك.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.

غير محل النحر أولا يجوز؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنها لا تؤكل بغير الذبح والنحر في محله وذلك ما بين اللبة والمذبح كما قال مالك في المدونة: فإن ما بين اللبة والمذبح منحر ومذبح وإن نحر فجائز وإن ذبح فجائز [ولا يجوز](١) فيما سوى ذلك [الموضع من جنب أو كتف لأن ذلك عقر والعقر لا يكون إلا في الصيد](٢).

والقول [الثاني]: (٣) أنه يجوز ذلك في جميع الجسد حيث ما يمكن منه لأنها ذكاة [ضرورة](٤) وهو قول ابن حبيب.

وسبب الخلاف:

هذه الضرورة هل تنقل الحكم [من محله](٥) [فيباح في جميع الجسد](٦) أو لا تنقله فيبقى كل واحد من النوعين على أصله.

وأما ابن حبيب فقد جعل الضرورة تنقل [الحكم](٧) عن محله فيجوز أن ينتقل إلى سائر الجسد ولا تخصيص لموضع دون موضع إلا بدليل وهو قول قياسي.

وأما ابن القاسم فلم [يجر](٨) قوله على الأصل لأنه اتفق هو وابن حبيب أن الضرورة تنقل الحكم عن محله الذي هو الذبح والنحر وخصص به موضعًا بعينه من غير دليل ثبت عنده وذلك [مخصص](٩) الدعوى إليهم

---

(١) في ب: يجزئه.
(٢) سقط من ب.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ب: ضرورية.
(٥) سقط من أ.
(٦) في جـ: فيجوز أن ينتقل إلى سائر الجسد.
(٧) سقط من أ.
(٨) في أ: يزل.
(٩) في جـ: محض.

إلا أن يكون هناك أثر فيتبع فسمعًا وطاعة.

والجواب عن السؤال الخامس: ذكاة الجنين، ولا تخلو ذكاة الجنين من وجهين:

أحدهما: أن يخرج بعد ذكاة أمه.

والثاني: أن يخرج وهي حية.

فإن خرج بعد ذكاة أمه فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يخرج قبل أن تتم خلقته.

والثاني: أن يخرج بعد أن تمت خلقته.

فإن خرج قبل تمام خلقته فإنه لا يؤكل باتفاق المذهب ولا تنفع فيه ذكاة أمه لأنه جيفة.

فإن خرج بعد تمام خلقته فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يخرج وهو حي.

والثاني: أن يخرج وهو ميت.

والثالث: أن يشك فيه.

فإن خرج بعد ذكاة أمه، وهو حي ثم مات من فوره، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن [يمكنهم] [1] ذكاته.

والثاني: أن يسبقهم بنفسه.

فإن أمكنهم ذكاته وفرطوا فيه حتى فاتهم بنفسه، فلا يؤكل، ولا أعرف في هذا الوجه نص خلاف، ولا هو محل له فإن لم يمكنهم ذكاته وسبقهم بنفسه، وفات بالحضرة بغير تفريط، ففي ذلك قولان:

---

(١) في أ: يمكنه.

أحدهما: أنه يؤكل مع الكراهية، وهو قول مالك في كتاب محمد.

والثاني: أنه لا يجوز أكله، وهو قول ابن الجلاب، وهو مذهب يحيى ابن سعيد.

فإن خرج وهو ميت، فإنه يؤكل اتفاقًا في المذهب، غير أنه يستحب له أن يمر السكين على حلقه، [ليجري] [1] الدم من جوفه، وهو الذي قال فيه النبي ﷺ: «**ذكاة الجنين، ذكاة أمه**».

قال مالك: «[وهذا] [2] إذا نبت شعره وتمت خلقته، فإن كان أحد هذين الوصفين، فلا يؤكل، وإن خرج حيًا».

وإن خرج وهو مشكوك فيه، هل يعيش أو لا يعيش؟، فلا يؤكل إلا بذكاة، ولا يستباح بذكاة أمه بالشك، وهو قول ابن حبيب.

وأما إن خرج وأمه حية، مثل أن تزلقه أمه، فلا يخلو حاله أيضًا من ثلاثة أوجه:

أحدها : أن تزلقه وهو حي حياة، بينة أنه يعيش لو ترك.

والثاني: أن تزلقه وهو ميت.

والثالث: أن يشك فيه.

فأما الوجه الأول: فإنه تصح فيه الذكاة، ويؤكل.

وأما الوجه الثاني: فلا يؤكل، إذ لا تستعمل الذكاة في جيفة.

وكذلك الوجه الثالث: إذا خرج مشكوكًا فيه، هل يعيش أو لا يعيش؟، فإنه لا يؤكل وإن أدركت ذكاته أيضًا، وهو قول ابن القاسم في «المستخرجة» [وغيرها][3]. والحمد لله وحده.

---

(١) في ب: ليخرج.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

المسألة الثالثة

في طعام الذين أوتوا الكتاب وغيرهم من أنواع أهل [ق/ ١٢٩أ] الكفر:

أهل الكتاب: هم اليهود والنصارى.

والمجوس: هم قوم يعبدون النيران، وينفون الصانع.

والصابئون: هم قوم بين المجوسية والنصرانية.

والسامرية: صنف من اليهود، لا يؤمنون بالبعث، قاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه وغيره.

وأما طعام أهل الكتاب، فعلى ثلاثة أوجه:

[أحدها]: الطعام الذي أبيح لهم.

و[الثاني]: الطعام الذي حرم عليهم.

و[الثالث]: الطعام الذي حرموه [هم] [1] على أنفسهم.

فأما الذي أحل لهم: فهو ما عدا ما ذكر الله تعالى في كتابه، وعدده مما حرم عليهم، وهو ينقسم، أعني: ما أحل لهم إلى ما يفتقر إلى الذكاة.

وإلى ما لا يفتقر إليها.

فما لا يفتقر إلى الذكاة، فهو حلال لمن أكله من المسلمين، إذا سلم من مخالطة الأشياء المحرمة، مثل: الميتة والدم ولحم الخنزير، وذلك مثل: الخبز والزيت والسمن والعسل واللبن.

قال: مالك: «أحب إلى غسل آنية [النصارى][2]، وأن تسألهم عما

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: النصراني.

قربوا إليك [من الطعام][1]: أَطَيِّب هو ؟».

قال: «وأما القـدر الذي يطبخون فيـها، فأحب إلى أن يغلي فـيها الماء حتى يذهب ودكها، لأكلهم الميتة والخنزير».

قال: «وأما اللبن والزبد، فإن كانت آنيـتهم نظيفة، فكل، وإن شككت فدع، ولا فرق بينهم وبين المجوس في ذلك».

وأما ما يفتقر إلى الذكاة، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يقصد أن يذبح ذلك قربة.

والثاني: أن لا يقصد بذلك قربة.

فإن قـصد بذلك قربة، فلا يخلو من أن يـذبح ذلك للصليب أو يذبحه لعيسى أو يذبحه لجبريل أو للكنائس:

فأما ما ذبحه لصلبانهم وللأصنام التي كانوا يعبدونها، هل هو محرم أو مكروه؟ **على قولين**:

أحـدهمـا: أنه محرم، لأنه مما ذبح على الـنصب، وهو قول مالك في النوادر.

والثـاني: أنه مكروه مثل: ما ذبح للكنائس والأعيـاد، وهو قول محمد وابن حبيب.

وسبب الخلاف: اختلافهم في قوله تعالى: ﴿ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ ﴾ [المائـدة: ٣] ، هل أراد بذلك كل مـا ذبح لغيـر الله، صنمًا كـان أو غيـره، إذ كل معـبود سوى الله فـهو صنم، أو المراد بذلك ذبائح المشـركين للأصنام التي

---

(١) سقط من أ.

كانوا يعبدونها في الجاهلية؟ ،وهو قول أصبغ في «ثمانية أبي زيد»، قال: «وأهل الكتاب ليسوا من أصحاب الأصنام».

وأما ما ذبح للأعياد والكنائس ولعيسى ولجبريل، فأكله مكروه غير محذور.

وقال ابن حبيب: «إن ما ذبح لهؤلاء ليضاهي ما أهل لغير الله به مما ذبح للأصنام، ولكن لم يبلغ به مالك التحريم، لأن الله تعالى أحل لنا طعامهم، وهو يعلم ما يفعلون»، والذي قاله صحيح، ولو كان يحرم ما ذبح باسم المسيح لما جاز أن يؤكل شيء من ذبائحهم إلا أن يُسألوا، هل سموه ذبحًا [للمسيح] (١) أو هو ذبح للكنيسة [أم لا] (٢) ؟بل لا يجوز وإن أخبر أنه لغير ذلك، لأنه غير صادق وإن لم يجب ذلك حلّت ذبائحهم كيف كانت.

وأما ما يذبحونه ولا يقصدون به القربة، مثل شاة لحم ذبحوها لأنفسهم أو لضيف نزل عندهم، فإنه يجوز لنا أن نأكل منها ما كان حلالاً لهم.

ونتوقف عما كان محرمًا عليهم إذا ذكروا اسم الله عليها من غير كراهية في ذلك نعلمها في المذهب.

وأما ما حرم عليهم من الطعام، فقد نص الله عليه وبينه في كتابه بيانًا شافيًا لعباده، قال جل وعلا: **﴿وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفُرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلاَّ مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوِ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ ذَلِكَ جَزَيْنَاهُم بِبَغْيِهِمْ﴾** [الأنعام: ١٤٦].

قال ابن حبيب: **﴿كُلَّ ذِي ظُفُرٍ﴾** الإبل وحمر الوحش والنعام والأوز

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

وكل مـا ليس بمشقـوق الخف ولا مـفتـوح القـائمة، ألا ترى أن الدجـاج والعصافير انفرجت قوائمها، فاليهود تأكلها»، وقاله كله مجاهد.

فلو ذبح اليهود شيئًا من هذا المحرم عليهم، لم يحل أكله.

وأما الشحوم المحرمة عليـهم، مثل الترب والكشا وهم شحم الكلا وما لصق بالقصبة وشبهها من شـحم محض، واستثنى ما حمل الظهور : وهو ما يغشى اللحم من الشحم على الظهر وسائر الجسد أو ما اختلط بعظم.

فالحوايا: المباعر، [والمرابض][١] التي تكون فيها الأمـعاء تسمى بنات اللبن، فما في ذلك من شحم فهو ما استثنى.

فهذه جملة ما حرم الله تعالى عليهم من [الأنعام و][٢] الشحوم.

واختلف المذهب عندنا في جواز أكل ما حرم عليهم بنص التنزيل:

أما [الشحوم][٣]، فقلنا [فيها][٤] ثلاثة أقوال:

أحـــدها: أنها محرمة، وهو قول مـالك في كتاب محمد، وحكى ابن القصـار عن ابن القاسم وأشهب أنهـا محرمـة أيضًا، وهو ظاهر المدونة في «كتاب الحج».

والثاني: أنها مباحة لنا، وهو قوله في «المبسوط»، وقال ابن نافع أيضًا، وهو ظاهو قول مالك في كتاب الجهاد.

والثالث: بالكراهية، وهو قول ابن القاسم.

---

(١) في أ: المرابط.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: الشحم.
(٤) في أ: فيه.

وسبب الخلاف: الذكاة ، هل تتبعض أم لا تتبعض؟

وأما كل ذي ظفر، اختلف المذهب في جواز [أكله][١] على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه ليس يذكى، وهو حرام لا يؤكل، وهو مشهور المذهب.

والثاني: [جواز][٢] أكله، وهو قول [ابن وهب][٣] وابن عبد الحكم.

والثالث: بالكراهية، وإن شئت جمعت بين الشحم ولحم ذي ظفر في التحصيل، فيتخرج منها أربعة أقوال:

[أحدها]: الإباحة في الجميع.

[والثاني]: التحريم في الجميع.

[والثالث]: الكراهية في الجميع.

والقول الرابع: بالتفصيل بين الشحم واللحم، فيجوز أكل الشحم [مع اللحم][٤]، لأن الذكاة لا تتبعض، ولا يجوز [أكل] [٥] ذي ظفر.

وسبب الخلاف: اختلافهم في قوله تعالى: ﴿**وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفُرٍ**﴾، هل هو منسوخ بما خوطبوا به من الدخول في الشريعة المحمدية، أو غير منسوخ؟

فمن رأى أن ذلك منسوخ، قال: مضمون الآية الإخبار عما كان محرمًا في التوراة، وقد نسخ [بما خوطبوا][٦] به من الدخول في شريعتنا، إذ لا خلاف بين الأمة أن الكفار مخاطبون بالإيمان، وليس من الجائز في الشرع

(١) في أ: أكلها.

(٢) في أ: جائز.

(٣) في ب: ابن حبيب.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: لحم.

(٦) سقط من أ.

أن يخاطبوا بالدخول في الإسلام وتكتنفهم شريعة [ق/ ١١٠جـ] محمد ﷺ، وهم مع ذلك [فسخت](١) عليهم أحكام التوراة في الحلال والحرام، وذلك غير معقول ولا معقول، بل المنقول أن هذه الشريعة ناسخة لجميع الشرائع، وليس عصيانهم في ترك [امتثال](٢) ما أمروا به من الإسلام، مما [يحرم عليهم](٣) ما قد نسخ تحريمه.

ومن رأى أن ذلك غير منسوخ، قال: لا يصح في الحكمية الشرعية أن توضع منهم الأثقال مع بقائهم على السبب الموجب [لعقابهم](٤) ذلك والله تعالى يقول: ﴿ذَلِكَ جَزَيْنَاهُم بِبَغْيِهِمْ﴾ والبغي من أسماء التعدي، فعاقبهم الله تعالى بأن حرم عليهم بعض المحللات، لأجل ذلك التعدي، وقوله تعالى: «ذلك» إشارة إلى العلة والبغي الذي لأجله حرم عليهم. هذه الأشياء مذكورة في «كتاب التفسير»، وفيه كلام مبسوط، وليس هذا موضع ذكره، والذي [زادوه] (٥)من البغي أكثر مما كانوا عليه، وقد حرمت عليهم الشحوم وغيرها، وقد زادوا تحريف الكتاب المبين وتكذيب النبي عليه السلام المبعوث لإقامة الدين، والله تعالى يقول: ﴿ الَّذِينَ يَتَّبِعُونَ الرَّسُولَ النَّبِيَّ الأُمِّيَّ الَّذِي يَجِدُونَهُ مَكْتُوبًا عِندَهُمْ فِي التَّوْرَاةِ وَالإِنجِيلِ يَأْمُرُهُم بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَاهُمْ عَنِ الْمُنكَرِ ﴾، إلى قوله: ﴿أُوْلَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾ [الأعراف : ١٥٧] فالإصر: هو الثقل، وإنما وضعت الأغلال والأثقال [عن](٦) من آمن به واتبع ملته، وحلل ما حلله، وحرم ما حرمه، فهم الذين وصفهم الله بالمفلحين.

فأما من عصا وطغى وأثر الهوى على التقوى وكذب بالحسنى، كيف

---

(١) في جـ: بقيت.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: يجري عليه.

(٤) في أ: لتعقبهم.

(٥) في أ: زاده.

(٦) في أ: على.

توضع عنه الأثقال وتفك عنه السلاسل والأغلال؟ فهذا ما لا [يكون][1] بحال.

ومن قال بالكراهة، فقد توسط، والتوسط سوق الاعتدال.

فإن ثبت النسخ بما خوطبوا بـه من الدخول في الإسلام، وقد يعتقدون أن ذلك التحريم باقٍ لبقائهم على الكفر، وأن هذه الذكاة ليست بذكاة، لأنه يشبه أن يكون ذكاة بغير نية، فلما أشكل الأمر فيها تزهد وتورع، فقال بالكراهة.

ومن فرق بين اللحم والشحم، فقد [أسلفنا][2] دليله عند ذكره.

وأما ما حرموه على أنفسهم اختراعًا منهم وافتراء على الله تعالى، مثل ما ذبحوه لأنفسهم ليأكلوه لا لتعظيم شيء فوجدوه فاسدا [عندهم][3] لأجل الريبة وشبه ذلك، فقد اختلف فيه قول مالك بالإباحة والكراهة، **على قولين منصوصين** في «المدونة» ولابن القاسم في غير «المدونة» أنها لا تؤكل، وظاهره على التحريم.

فيتحصل فيه ثلاثة أقوال: الجواز والمنع والكراهة.

وسبب الخلاف: اختلافهم [في المفهوم][4] من قوله تعالى: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ المائدة: ٥]، هل المراد بذلك جميع ما سوى ما ذكر الله تعالى في كتابه ونص عليه في محكم التنزيل من غير اعتبار بما حللوه وما حرموه، ويكون معنى قوله: ﴿وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَّكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَّهُمْ﴾ أي: ما أباح الله تعالى لهم أكله، أو المراد بذلك: ما

(١) في أ: يؤكل.
(٢) في أ: استقبلنا.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

هو من طعامــهم الذين يقتــاتون به ويأكلونه دون ما اجــتنبوه وحــرموه على أنفسهم، لأن ذلك ليس من طعامهم.

ومن قال: بالكراهة، فقد توسط.

وأما طعــام المجوس: فينقسم أيضًــا إلى ما يحتاج إلى الذكــاة، وما لا يفتقر إلى الذكاة؟

فأما مــا يفتقــر إلى الذكاة، فلا يخلو من أن يتولى المجــوسي ذكاته أو يوكل عليها مسلمًا:

فــإن تولى المجوسي الذكــاة بنفــسه، فــلا خلاف في تحــريم أكله، لأن الأصل ألا تؤكل ذكاة من دان بغــير دين الإسلام، فخـصص الله تعالى من ذلك طعام الذين أوتوا الكتاب، وبقي ما عداه على الأصل.

وأما إن وكل على الذبح مسلمًا، فتولى ذبحها، فلا يخلوا من أن يوكله أن يذبحها لصنمهم أو يوكله على ذبحها ليأكلوها:

فإن كان الذبح لــلصنم، فاستقبل بهــا القبلة وسمى الله تعالــى عليها: أكلت مع الكراهة.

وإن كان الذبح للأكل لا للصنم، مثــل أن ينزل عنده مسلم فيستضــيفه فتــولى الذبح، فــإنها تؤكل أيضًــا اتفاقًــا في مذهبنا، إذ ليــس فيــه خلاف منصوص في هذه المسألة إلا متأولاً، وهذا التفصيل لابن المواز.

وأما ما لا يفتقر إلى الذكاة من طعام فهل يجوز أكله أم لا؟

[أما الجنب: فــقد نص عليه في «النوادر» وغيــرها أنه لا يؤكل لعلمهم فيه أنفحة (ق/ ١٣٠أ) الميتة إلا ما لم يغيبوا عليه][1].

---

(١) النوادر (٤/ ٣٦٦).

وأما ما عداه من سائر أطعمتهم التي لا تفتقر إلى الذكاة ، فقد نص في «المختصر» على جواز أكل طعام المجوس كله: «فلا بأس بأكل طعام المجوس كله الذي ليس له ذكاة» وأما ذبيحة الصابئ، فقد اختلف فيها:

فقيل: إنها لا تؤكل على معنى الكراهة، وهو المذهب.

وقيل: إنها حرام، وهو مذهب الحسن وسعيد بن جبير [ق/٦٨ب] في أكل ذبائحهم ونكاح نسائهم، وهم قوم بين المجوسية والنصرانية.

وأما ذبيحة السامرية: «فإنها تؤكل لأنهم صنف من اليهود لا يؤمنون بالبعث»، قاله عمر بن الخطاب رضي الله عنه والحمد لله وحده.

المسألة الرابعة

في ذكاة المريضة والمتردية وأخواتها:

قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾ إلى قوله: ﴿إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ [المائدة: ٣].

فالميتة: ما مات حتف أنفه، فلا خلاف في تحريمها إلا للمضطر.

والدم: ينقسم إلى مسفوح وغير مسفوح:

فأما المسفوح: فهو المحرم بالاتفاق، لأن الدم الذي أطلقه الله تعالى في سورة المائدة، هو الذي قيده في سورة الأنعام بقوله: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾ [الأنعام: ١٤٥] فحمل فيه المطلق على المقيد، لأن ذلك نسخ كما صار إليه ابن شعبان، فإن سورة الأنعام مكية والمائدة مدنية، ولا خلاف عند أهل [العلم][1] أنه لا تنسخ آية مدنية بآية مكية، لأن النسخ إزالة الحكم الثابت بالشرع المتقدم بالشرع المتأخر عنه، على وجه لولاه لكان ثابتًا، وهذا [حد][2] النسخ عند بعضهم.

وأما غير المسفوح، فقد اختلف فيه قول مالك على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن الدم كله نجس، دم بني آدم، ودم الحيوان ما يؤكل لحمه منها وما لا يؤكل، ودم الحوت والبراغيث والذباب، وهو قول مالك في «المدونة»، وغيرها، الدم كله يغسل دم الحوت وغيره، وإن كان في دم الذباب روايتان:

(١) في جـ: النظر.

(٢) في أ: حكم.

أحدهما: أنه يغسل، وهو قول مالك في سماع أشهب عنه أيضًا، وإذا كان عنده نجس فهو حرام.

والقول الثاني: أنه طاهر وأنه ليس بنجس ولا حرام، وإنما المحرم المسفوح خاصة، وهو قول محمد بن مسلمة، وهو نص قول مالك [في المدونة][(١)] في اليسير من الدم، أن الصلاة لا تعاد منه، وقد جاء عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «لولا أن الله سبحانه قال: ﴿أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾ لاتبع المسلمون ما في العروق، كما تبعته اليهود، وقد تطبخ البرمة وفيها الصفرة، ويكون في اللحم الدم، فلا يكون على المسلمين غسله.

وقوله: ﴿وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ﴾ قد تقدم فيه الكلام.

﴿ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ﴾ [المائدة: ٣] هو الذبح للأصنام.

والمنخنقة: قال ابن حبيب: «ما تختنق بحبل أو غيره أو يقودها برقبتها».

والموقوذة: المضروبة في مقاتلها، وحيث لا ترجى لها حياة مما أصابها من ضربة حجر أو عصا أو بندق أو غير ذلك.

والمتردية: التي تردت من شيء منيف أو جبل أو شرف أو هوة فيوهنها.

والنطيحة: التي تنطح بعضها بعضًا أو تنطح جدارًا أو صخرة، فيبلغ ذلك منها.

وأما أكل السبع: ما قطع السبع بطنها وما أصاب مقتلها أو يوهنها.

فالمنخنقة وأخواتها، لا يخلو لكم فيها من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ينفذ بذلك مقتلاً.

والثاني: ألا ينقذ لها مقتلا [ورجيت حياتها والثالث: ألا ينفذ لها

---

(١) سقط من أ.

مقتلاً](١)، أنه آيس من حياتها.

فالجـواب عن الوجه الأول: إذا أنفذ الذي أصابها مـقاتلها، فلا خلاف عندنا على المذهب أن الذكاة لا تسـتعمل فيـها إلا متأولاً، لأن الحـياة التي بقيت فيها حياة مستـعارة، وفي «الأسدية» عن ابن القاسم فيمن أنفذ مقاتل رجل، ثم أجهز عليه [رجل](٢) آخر فقتله.

قال ابن القاسم: «يقتل الثاني».

وقال أشهب: «يقتل الأول، ويعاقب الثـاني»، وهو الصحيح، وما قاله ابن القاسم نادر.

فعلى قوله: أن الثاني يقتل [ويعاقب الأول](٣)، فإن الذكاة تستعمل في المنفوذة المقاتل، والمقاتل عندنا خمسة:

انقطاع النخـاع وهو المخ الذي في عظم الرقبـة والصلب وقطع الأوداج وخرق المصران وانتشار الحشوة [وانتشار الدماغ فهذه المقاتل المتفق عليها على الخلاف في تفـسير الاثنين مـنها: خرق المصـران وانتشار الحـشوة لأن أهل المذهب جعلوا لهـما](٤) وجهين من المقـاتل: [فقالوا](٥) فـإن أرادوا بقطع المصران قطعه وإبانه بعـضه من بعض، وأرادوا بانتشار الحشوة انتـشار الثفل لانخراق المصران، فصحيح أنهما مقتلان، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب الديات» أن انتشار الحشوة خروج الثفل من خرق المصران.

وإن أرادوا بانتشار الحشوة خروجـها عند شق الجوف، فليس بصحيح،

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

وقد قاله بعض الشيوخ.

وذهبوا إلى انتشار الحشوة خروجها عند شق الجوف [وشق الجوف][١] ليس بمقتل عند جميعهم، لأن الجوف إذا شق [انتشرت][٢] منه الحشوة ولم تنقطع منه، وعولجت وردت وخيط الجوف عليها، وهذا مشاهد معلوم، فليس نفس انتشارها بمقتل، ولهذا قال ابن القاسم تؤكل، وإن انتثرت حشوتها.

وأما شق المصران فإن كان من أعلاه، فمتفق عليه أنه مقتل.

وإن شق من أسفله، فليس بمقتل عند بعض محققي المتأخرين من أصحابنا، كالقاضي أبي الوليد بن رشد وغيره والفرق بينهما أن الشق إذا كان في الأعلى من حيث يجوز الطعام إلى المعدة فالغذاء يخرج منه [ولا ينفذ إلى المعدة و][٣] الأعضاء ولا يغذي الجسم فيهلك إذا انقطع عنه الغذاء، ولهذا لما جرح عمر بن الخطاب رضي الله عنه شرب لبنًا فخرج من جرحه، فقيل له: اعهد يا أمير المؤمنين، لما علم أنه قد أنفذت مقاتله.

فإذا كان الشق في أسفل الأمعاء، حيث يكون فيه الثقل، فليس بمقتل، لأن منفعة الغذاء قد صعدت إلى الأعضاء، وحصل منه المقصود، والأثفال لم يبق لها إلا الصرف خاصة، فإن خرجت فلا يضر.

واختلف في اندقاق العنق من غير أن تفتح، هل يعد مقتل أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أنه مقتل، وهو قول مطرف وابن الماجشون عن مالك.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: انتثرت.

(٣) سقط من أ.

والثاني: أنه ليس بمقتل، وهو قول ابن القاسم.

وفي انشقاق الأوداج من غير قطع، قولان:

أحدهما: أنه مقتل، وهو قول أشهب وغيره من أصحاب مالك.

والثاني: أنه ليس بمقتل، وهو قول محمد بن عبد الحكم.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا لم ينفذ لها مقتل ورجيت حياتها، فلا خلاف أنها [تستعمل فيها](1) الذكاة [ق/ ١١١جـ].

والجواب عن الوجه الثالث: إذا لم ينفذ ذلك لها مقتلاً، إلا أنه أيس من حياتها أو شك في أمرها، هل تعيش أو لا تعيش، وهل تستعمل الذكاة أو لا تستعمل؟ **فالمذهب على قولين**:

أحدهما: أنها تستعمل فيها الذكاة، وتؤكل إذا وجدت منها الحركة أو ما يقوم مقامها من استفاضة النفس في الحلق أو أمرًا يدل على وجود الحياة بها ساعة الذبح على ما سنبينه في ذكاة المريضة إن شاء الله، وهو قول ابن القاسم في «المدونة»، وهو قول أصبغ أيضًا في «النوادر».

والثاني: أن الذكاة لا تستعمل فيها ولا تؤكل إذا ذكيت، وإن تحركت أو طرفت أو استفاض نفسها في حلقها، وهو قول عبد الملك بن الماجشون ومحمد بن عبد الحكم.

وسبب الخلاف: اختلافهم [في الاستثناء](2) في قوله تعالى: ﴿إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ﴾، هل هو استثناء متصل أو استثناء منفصل؟

فمن جعله استثناء متصلاً، قال: تستعمل فيها الذكاة، ويكون معنى قوله تعالى: ﴿إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ﴾ من هذه المذكورات بعد حصول ذلك فيها.

---

(١) في أ: تعمل بها.

(٢) سقط من أ.

ومن جعله استثناء منفصلاً، قال: لا تستعمل فيها الذكاة، ويكون معنى قوله تعالى: «﴿ إِلاَّ مَا ذَكَّيْتُمْ﴾من غير هذه المذكورات، وهو بمعنى «لكن»، والأصح: أنه استثناء متصل، لأنه لا خلاف أن الآية في المنخنقة وأخواتها ليست على عمومها، ولو كانت على عمومها لم تؤكل.

وإن ذكيت وكانت ترجى حياتها، فإذا ترك ظاهر الآية،ولم تحمل على عمومها، فحملها على ما مات منها ولم ندرك ذكاتها أحسن.

وإلى هذا المعنى أشار بعض المتأخرين.

وأما ذكاة المريضة، فلا خلاف في المذهب أنها تستعمل فيها الذكاة، وإن آيس من حياتها إذا وجد فيها علامات الحياة، وهي علامتان: الحركة وسيلان الدم أو ما يقوم مقام الحركة من استفاضة النفس في حلقها الذي يعلم أنه لا يكون إلا مع الحياة.

فإن تحركت ولم يسل [منها] [1] الدم، فإنها تؤكل عند ابن القاسم ابن كنانة، وقال محمد: «لا تؤكل إلا بسيلان الدم والحركة بعد الذبح، فإن لم يكن ذلك لم تؤكل إلا أن يكون فيها الحياة بينة كالنفس البين أو العين تطرف.

وأما الصحيحة إذا أشرفت على الموت لوجع فيها في جوفها، فبادرها بالذكاة، فسال دمها، ولم يتحرك منها شيء، فقال مالك في «النوادر»: «إنها تؤكل فالحركة وسيلان الدم دليلان على الحياة في كل موضع، والحركة بانفرادها دليل على الحياة في المريضة، وسيلان الدم بانفراده دليل على الحياة في الصحيحة».

فخرج من هذا التحصيل أن سيلان الدم بانفراده: لا تؤكل به المريضة،

---

(١) سقط من أ.

والحركـة بانفرادها : لا تؤكل بهـا الصحيـحة، وإنما اعـتمدت الحـركة من المريضة دون سيلان الدم على انفراده، لأن المرض نقل معه الدم، وربما يعدم البتـة إلا الشيء التافه، والحركـة لا [تقدم][1] بكليتـها إلا مع عدم الحـياة، فلذلك اعتبـر ما يستمر وجـوده مع الحياة دون ما يعدم استـمراره مع وجود الحياة.

والصحيحة: لا تعتبر فيهـا الحركة لقوتها عليها، إذا لم يكن بها مرض يوهنها ويضعف قواها عن الحركة، فكان المعـتبر غير الحركة الذي هو الدم، لأنه إذا ذبحها وسال دمها علم أنها قد ذبحت، وحياتها فيها مجتمعة.

فإذا لم يسـل دمها علم أنه قـد ذبحهـا بعد أن بردت وزهقت روحـها لمرضها، وإنما يجري مع حرارة الجسد الذي يكون مع بقايا الحياة.

والحمد لله وحده.

---

(١) في أ: تقدم.



كتـاب الضحايا

كتاب الضحايا

تحصيل مشكلات كتاب الضحايا، وهي أربع مسائل:

المسألة الأولى: الأضحية، هل هي واجبة أم لا؟ ولا خلاف في [المذهب][(١)] أنها ليست بواجبة وجوب الفرائض، مثل الصلاة والصيام والزكاة، وإنما الخلاف في المذهب، هل هي واجبة وجوب السنن أو هي سنة غير واجبة، وعنوا بالواجب المؤكد، وإن كان قد وقع لابن حبيب ما يدل [على][(٢)] أنها واجبة وجوب الفرائض، حيث قال: «في الفقير إن وجد ثمنًا أو وجد من يسلفه فليستلف» (ق/ ١٣١أ]، وحكاه عن مالك، إلا أن مثل هذا قد يقوله العالم على معنى التأكيد، كما قيل في زكاة الفطر: إن الفقير يتسلف ويؤديها، وذلك غير واجب عليه، لأن وجوب الأضحية إن وجبت، فإنما يكون على القادر عليها، كسائر العبادات الواجبة في المال، فإنما تجب على من عنده من المال ما يبيع أو يخرج منه ذلك القدر.

وأما من يتسلف أو يسعى حتى يحصل [له][(٣)] ما يجب فيه الحق ليؤديه منه، فليس ذلك عليه بواجب باتفاق الأمة قاطبة أنه لا يجب على الحر المسلم أن يسعى في حصول النصاب لتجب عليه الزكاة، فالمذهب في وجوبها [وجوب السنن][(٤)] على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: [أنها][(٥)] واجبة وجوب السنن، وهو مشهور المذهب، وهو

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

قول ابن القاسم في «الكتاب»: فيمن حبس أضحيته حتى مضت [أيام النحر فإن لا يضحى بها بعد][١] أيام النحر [إلا][٢] أنه آثم» والإثم لا يكون إلا في [الواجب إذا ترك][٣]، والسنن المؤكدات يذم تاركها، لما في ذلك من التهاون بقول الشارع ﷺ أو بفعله.

والثاني: أنها من السنن المندوبات التي يثاب عليها فاعلها ولا يذم تاركها، وهو صريح قول مالك في الكتاب [حيث قال][٤]: «لا أحب لمن يقدر عليها أن يتركها».

وسبب الخلاف: تعارض الأحاديث، فمنها قوله ﷺ: «**من رأى منكم هلال ذي الحجة، فأراد أن يضحي، فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره شيئًا**».

فظاهر هذا الحديث يقتضي نفي الوجوب، لقوله: «**فأراد أن يضحي**»، لأن الواجبات لا تتعلق بإرادة المكلف.

ويعارضه ما روى عنه ﷺ أنه أمر من ذبح [قبله] [٥] أن يعيد، فقال: [له][٦]: «ليس عندي إلا جذعة من المعز، فقال: «اذبحها ولا تجزئ أحدًا بعدك» وهو أبو بردة بن نيار.

فظاهر هذا يقتضي الوجوب، وبهذا استدل من قال بالوجوب، [وتأول][٧] الخبر الأول في قوله: «فأراد أن يضحي»، أن مثل هذا اللفظ يصح أن يؤتى مثله في الوجوب، كقوله ﷺ: «**إذا جاء أحدكم الجمعة**

---

(١) سقط من أ. (٢) سقط من أ.
(٣) في ب: ترك الواجب.
(٤) سقط من أ.
(٥) في ب: قبل ذبحه.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ: وبتأويل.

فليتغتسل».

وقال بعض المتأخرين: «وهذا الاعتراض غير صحيح، لأنه لا يختلف أن يفسر هذا اللفظ من أراد، ومن جاء لا يتضمن وجوبًا ولا ندبًا، وإنما وجبت الجمعة بنص آخر بالآية، وبما جاء في ذلك من الأحاديث، ولو لم يكن في ذلك إلا قوله « من جاء» لم تجب، والقول بأنها ليست بواجبة أبين، لأن الأصل براءة الذمة وفراغ الساحة، وطريق انشغالها الشرع، ولم يأت من جهة الشرع ما يدل على عمارتها، بل ثبت عنه ﷺ أنه قال: «**أمرت بالنحر وهو لكم سنة**»، ففرق بين حكمها عليه وعلى أمته، فلو كانت واجبة عليهم لم يكن للتفرقة وجه [والحمد لله وحده][1].

---

(١) زيادة من ب.

المسألة الثانية

في سنها وصفة ما وجب منها، ومن أي حسن تكون؟

ولا خلاف: أنها لا تكون إلا من بهيمة الأنعام دون الوحش والطيور.

[وسنها](١): الجذع من الضأن، والثنى من البقر وسائر الأنعام واختلف في سن الجذع من الضأن، على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه ابن سنة، وهو قول أشهب وابن نافع.

والثاني: أنه ابن عشرة أشهر، وهو قول ابن وهب .

والثاني: أنه [ابن ثمانية أشهر، وقيل] (٢) ابن تسعة أشهر [وهي رواية سحنون عن علي بن زياد وبه أخذ] (٣).

والجذع من البقـر: ابن سنتين [ومن الإبل ابن خمس سنين. والثنى من الغنم ابن سنتين ومن البقر ابن أربع، ومن الإبل ابن ست](٤)، [وقد تقدم مثل هذا في «كتاب الزكاة](٥)، وأفضلها عندنا الضأن، ثم المعز.

واختلف في الإبل والبقر، على قولين:

أحدهـما: أن البقر أفضل ثم الإبل، وهو المشـهور، وهو قول القاضي أبي محمد.

والثاني: الإبل ثم البقر، وهو قول أبي إسحاق بن شعبان في الزاهي.

---

(١) في جـ: ومنها.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من ب.

واختلف في ذكور كل صنف وإناثه، على قولين:

أحدهما: أن الذكران ثم الإناث، وهو قول مالك في «مختصر بن عبد الحكم».

والثاني: أن الذكور والإناث في الهدايا والضحايا سواء، وهو قول مالك في «المبسوط».

ولا خلاف أعلمه في المذهب أن الفحل مقدم على الخصى، وقال ابن شهاب في: خصى الضأن: « لا ينقصه الخصى شيئًا». ، وقال مالك: في «المختصر» وغيره: «وفحول الضأن في الضحايا أفضل من خصيانها، وخصيانها أفضل من إناثها وإناثها أفضل من ذكور المعز، وفحول المعز أفضل من خصيانها، وخصيانها أفضل من إناثها، وإناثها أفضل من الإبل والبقر في الضحايا».

وأما في الهدايا: فالإبل [أفضل][1] ثم البقر.

رأيت لبعض المتأخرين: « أن فحول الضأن أفضل من خصيانها وخصيانها أفضل من إناثها، و[إناثها] [2]أفضل من فحول المعز، وفحول المعز أفضل من إناثها، وإناثها أفضل من الإبل والبقر [في الضحايا][3].

وهذا [الترتيب] [4] الذي رتبه هذا المتأخر لا تنافي بينه وبين ما رتبه مالك، لما علم أن الخصى له مزية على إناث جنسه بكثرة اللحم والشحم، وإنما فرق مالك بين الضحايا والهدايا، وذلك أن المقصود في الضحايا: حسن اللحم ورطوبته، لأنها قربة اختص بها أهل البيت.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

والهدايا المقصود منها: كثرة اللحم ووفوره، لأنها قربة قربت للمساكين، والمساكين لا يريدون إلا الزائد من الأطعمة، وإنما غرضهم كثرة الشيء [وإشباعه](١)، فالإبل والبقر محل لهذا المقصد، وهذا من طريق النظر.

وأما من طريق الأثر، فقد ثبت عنه ﷺ **أنه ضحى بصنفين**، وروى [ابن حبيب](٢) في «الواضحة»: عن عدد من الصحابة والتابعين أنهم يستحبون أن تكون الأضحية بكبش عظيم سمين فحل أقرن أملح ينظر في سواد، ويسمع بسواد ويشرب بسواد، ويؤيده تقديم الضأن على الإبل والبقر ظاهر القرآن في قصة إبراهيم عليه السلام، قوله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ [الصافات: ١٠٧] ، قيل: فداه بكبش، وهو القربان الذي تقبل من ابن آدم.

وأما الصفة التي يجب أن تكون عليها [الأضحية](٣) في ذاتها:

فهي أن تكون سمينة صحيحة، سالمة من العيوب التي نص الشارع عليها، وقد سئل ﷺ عن ما يتقي من العيوب في الضحايا، فأشار بيده، وقال: «**أربع العرجاء البين ضلعها، والعوراء البين عورها، والمريضة البين [ق/ ٦٩ب] مرضها والعجفاء التي لا تنقي**»، فقيل: التي لا شحم فيها، وقيل: التي لا مخ فيها.

فإن كان فيها عيب كثير سوى هذه الأربعة المنصوص عليها، هل تجزئ معه أو لا تجزئ؟ **قولان:**

أحدهما: أنها لا تجزئ، وهو قوله في «المدونة» وغيرها، وهو مشهور المذهب.

والثاني: أنها تجزئ، وهو مذهب البغداديين من أصحاب مالك،

---

(١) في جـ: واتساعه.

(٢) في أ: ابن وهب.

(٣) سقط من أ.

كالقاضي أبي الحسن بن القصار و[ابن الجلاب][١] وغيرهما.

وسبب الخلاف: الأربعة المنصوص عليها، هل هي في معنى الحصر أو في معنى [الأصل][٢] فليقاس عليها؟

فمن فهم أن ذلك في معنى الحصر، قال: إنها تجزئ وغير هذه الأربعة لا تؤثر، وهذا هو الظاهر من اللفظ أنه ﷺ سئل ما الذي يتقي فيها [من][٣] العيوب؟ [ق/ ١١٢جـ] فنص على الأربعة، ولم يكتف بذكرها [وعددها][٤] حتى نعتها ووصفها بصفةٍ تخرج [غيرها][٥] من العدد المحصور.

ومن فهم منه أن ذلك في معرض الأصل، قال: يجوز القياس عليها، لأن مقصود الشارع اجتناب ماله قدر وبال من سائر العيوب، لأن المراد من اجتناب هذه العيوب [المعدودة][٦] تأثيرها في نقصان الشاة المضحى بها لا غير ذلك، فمهما وجد عيب يعمل مثل ذلك أو أكثر منه، فما المانع أن يناط به الحكم؟، وهذا أظهر من طريق النظر.

فإذا ثبت ذلك، فالعيوب على ضربين:

عيب يعم جميع الجسد، وعيب يخص بعض الجسد: ولا يعم فالعيوب التي تعم جميع الجسد كالمرض والعجف والهرم والجرب والجنون:

أما المرض والعجف البين، فقد أحكمتها السنة، والجرب كالمرض، لأنه

(١) في ب: أبي القاسم ابن الجلاب.
(٢) في ب: الأصول.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

يفسد اللحم، إلا الجرب القليل [الخفيف][١] الذي لا يؤثر في الهزال [ولا][٢] في فساد اللحم.

وأما الهرمة فإنها تجزئ إذا كان خفيفًا، وإن كان هرمًا بينًا، فهو كالمرض، وهو قول أصبغ إذا كان هرمًا بينًا، وهو تفسير لقول مالك في «كتاب محمد»، حيث يقول: «تجزئ الهرمة»، فأطلق.

وأما المجنونة: فإن كان لازمًا لم يجزئ، ولا يتقرب إلى الله تعالى بمثل هذه. وإن كان يعرض المرة ، ثم يذهب فذلك خفيف.

وأما العيوب التي تخص ولا تعم، فمنها العور، فإن ذهب الانتفاع بتلك العين، أو أكثرها لم تجزئ، وإن ذهب أيسر ذلك أجزأته، وكذلك إن ذهب الأكثر من كل عين.

وأما ما يكون في الأذن، كالشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة والسكاء والجدعاء:

[والخرقاء: المثقوبة الأذن][٣] والشرقاء: المشقوقة الأذن.

والمقابلة: ما قطع من أذنها من قبل وجهها.

والمدابرة: ما قطع من قبل قفاها.

والسكاء: الصغيرة الأذن.

والجدعاء: المقطوعة الأذن.

فهذه العيوب ما كان منها يسيرًا، فلا يمنع الإجزاء اتفاقًا، كقطع دون الثلث من الأذن، وما كان منها كثيرًا، هل يؤثر في المنع أم لا؟ قولان، وقد

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

قدمناهما.

فعلى القول بأنه يؤثر، وهو المشهور إذا ذهب أذناها أو أكثرهما أو واحدة منهما، بكليتها أو أثرها، فإنها لا تجزئ، فالنصف [منها](١) في حيز الكثير، ودون الثلث في حيز اليسير.

واختلف في الثلث، على قولين قائمين من «المدونة».

أما ابن حبيب قال: «الثلث من الأذن كثير كالثلث من الذنب كثير».

وقال ابن المواز: «النصف كثير من غير أن يحد فيه حدًا».، وظاهر قوله: يشعر أن الثلث في حيز اليسير، كما قال في غير ما موضع من «المدونة».

قال اللخمي: «والشق أيسر من الشَّيْنِ من القطع، لأن جميعها موجود في الشق، ولم ينتقص من خلقتها شيء بخلاف القطع، وأرى أن تجزئ، وإن بلغ بالشق النصف» انتهى كلامه.

[قال المؤلف](٢)وأما في ذهاب الأسنان، فلا يخلو ذهابها من ثلاثة أوجه:

إما أن يكون بكسر أو بإثغار أو لكبر:

فإن كان ذهابها بكسر: فإن كان يسيرًا، كسن واحدة: فتجزئ».

وإن كثر الكسر: فلا تجزئ، وهو قول ابن حبيب في الكسر، وهو قول محمد في السن الواحدة.

وقيل: إنها لا تجزئ ولا يضحى بها، وهو قول مالك في «المبسوط».

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من ب.

وإن كان من أثفار: جاز.

وإن كان من كبر، فقولان:

أحدهما: أنها تجزئ، وهو قول مالك [ق/ ١٣٢أ] في «كتاب محمد»: إذا سقطت أسنانها من أثغار أو هرم أو وجع، فلا بأس بها.

والثاني: أنها لا تجزئ، وهو قول ابن حبيب.

أما المكسورة القرن: فقد اختلف فيها المذهب على أربعة أقوال:

أحدها: أنه يجوز أن يضحى بها، وإن كانت مستأصلة القرنين، وهو قول ابن المواز.

والثاني: لا يجوز أن يضحي بعضباء، وهي المكسورة القرن الخارج والداخل، وإن لم يدمي، وإن ذهب الخارج وبقى الداخل صحيحًا: فإنها تجزئ، وهو قول ابن حبيب [في المدونة][1].

و[**القول**] [2] **الثالث:** [بالتفصيل] [3] أنه إذا ذهب البعض، وكانت لا تدمى: جاز أن يضحي بها، وإن كان يدمي: فلا يجوز، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والرابع: أنها تجزئ، وإن كان يدمى، وهو قول أشهب في «مدونته»، وهذا [الخلاف][4] ينبني على الخلاف في المرض الخفيف وفي [الشق][5] الخفيف، هل يؤثر أم لا؟ ولا أعلم في المذهب نص خلاف في الجماء أنها تجزئ، فإذا جاز أن [يضحي بها] [6]، وقد خلقت بلا قرن.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: السن. (٦) في ب : تذكى .

فكذلك يجوز أيضًا أن يضحي [بها] [(١)] إذا قطعا، فكما أنها إذا خلقت بغير أذنين: أنها لا تجوز، فكذلك إذا [قطعتا][(٢)].

وسبب الخلاف: في جميع ما قدمناه من قطع الأذن والقرن تعارض الآثار:

فمن ذلك ما خرجه النسائي عن أبي بردة أنه قال: يا رسول الله: أكره النقص يكون في القرن والأذن ، فقال له رسول الله ﷺ: «**ما كرهته فدعه ولا تحرمه على غيرك**».

ويعارضه ما روى عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: «أمرنا رسول الله ﷺ أن نستشرق العين والأذن ولا نضحي بشرقاء ولا بخرقاء ولا مقابلة ولا مدابرة ولا بتراء»، وهذا خلاف قصة أبي بردة.

وقد يمكن الجمع بين الحديثين، فيحمل ما قال في حديث علي رضي الله عنه على ما كثر من ذلك، وحديث أبي بردة على ما كان يسيرًا.

وأما التي يبس ضرعها [كلها][(٣)]، فلا يضحي بها.

وإن يبس البعض وسلم البعض: فلا بأس أن يضحي بها، وهو قول مالك في «كتاب محمد» [والحمد لله وحده][(٤)].

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: قطعت أذناها.

(٣) سقط من أ.

(٤) زيادة من جـ.

المسألة الثالثة
في وقت ذبح الأضحية

قال مالك: «الأيام التي يضحي فيها يوم النحر، ويومان بعده إلى غروب الشمس من آخرها».

قال محمد: «وقاله علي بن أبي طالب رضي الله عنه وابن عباس وابن عمر وأنس وكثير من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين».

وأما ما روي عن عمر بن عبد العزيز وعن الحسن رضي الله عنهما: أن الأضحية ثلاثة أيام بعد يوم النحر، فقد عيب ذلك.

وقد قال يونس أن الحسن قال: «الشهر كله».

قال مالك: «يوم الحج الأكبر يوم النحر».

قال غيره: «سمى بذلك لأن المشركين كان يقف بعضهم بعرفة، وبعضهم بالمشعر ثم يأتي [من عرفة][1] فيقف يوم النحر [بالمشعر][2]، فصار اجتماعهم فيه، فأمر أن ينذرهم بسورة براءة في أكبر مجتمعهم، وشيء آخر أن ليلة هذا اليوم من طلع عليه فجرها، ولم يقف بعرفة، فقد فاته الحج والليلة من اليوم، وهذه الأيام تنقسم إلى معدودات ومعلومات: قال الله تعالى: ﴿ وَاذْكُرُوا اللَّهَ فِي أَيَّامٍ مَّعْدُودَاتٍ ﴾ [البقرة: ٢٠٣]، وقال سبحانه: ﴿وَيَذْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ فِي أَيَّامٍ مَّعْلُومَاتٍ﴾ [الحج: ٢٨].

فقال علماؤنا: «أيام الرمي معدودات وأيام النحر معلومات». وقال ﷺ: «أيام منى ثلاثة، فمن تعجل في يومين فلا إثم عليه»، فاليوم الأول معلوم

---

(١) في أ: بعرفة.

(٢) في أ: في المشعر.

غير معدود في أيام منى، لأن أوله للمشعر الحرام وآخرها لمنى فلما لم يخلص [بمنى][(١)] لم يعد»، وقال بعضهم: «الأيام المعلومات والأيام المعدودات أربعة، فيوم منها معلوم غير معدود، وهو اليوم الأول، معلوم بالنحر غير معدود في الرمي، لأنه لا يرمي فيه إلا جمرة العقبة، والرابع معدود غير معلوم، معدود في الرمي لمن لم يتعجل، غير معلوم [بالنحر][(٢)]، و[منها][(٣)] يومان معدودان معلومان، وهما اليومان اللذان بعد يوم النحر، وهذا العقد قريب من الأول، وتسمى أيضًا أيام التشريق.

واختلف في سبب تسميتها بهذا الاسم:

فقيل: سميت بذلك لأجل الصلاة، لأن الصلاة للعيد تصلى عند شروق الشمس، وسميت سائر الأيام باسم أولها، وقد روى عنه ﷺ أنه قال: «**من ذبح قبل التشريق أعاد**».

وقيل: سمي بذلك لأنهم كانوا لا يذبحون فيها إلا بعد شروق الشمس، وهو قول ابن القاسم: «أن الأضحية لا تذبح في اليوم الأول ولا في الثاني حتى تحل الصلاة».

وخالفه أصبغ: في غير اليوم الأول، وقد سميت بذلك لأن الناس يشرقون فيها لحوم ضحاياهم، أي: ينشرونها لئلا تتغير.

وقيل: سميت بذلك، لأن الناس يبرزون فيها إلى المشرق، وهو المكان الذي يقوم الناس فيها بمنى.

وأما وقت ذبح الأضحية: فوقتها بعد الصلاة، وبعد ذبح الإمام إن كان

---

(١) سقط من أ.
(٢) في ب: الذبح.
(٣) سقط من أ.

هناك إمام يجب انتظاره.

فإن لم يكن هناك إمام، فليتحروا صلاة أقرب الأئمة إليهم، والإمام الذي أمر بانتظاره، ووجب على الناس الاقتداء به، هو: الإمام الذي تؤدي إليه الطاعة إذا كان متبعًا للسنة والجماعة أو من أقامه في بلده أو بعثه عاملاً على بلد من بلدان مملكته.

فمن صلى معه أو مع عامله، فلا يخلو الإمام حينئذ من وجهين:

أحدهما: أن يخرج بأضحيته إلى المصلى، ويذبحها بعد فراغه من الصلاة، [والثاني][(١)] ألا يخرجها:

فإن أبرزها وأخرجها إلى المصلى: فهذا لا خلاف أن من ذبح قبله يعيد لأنه لم يقصد إلا [العناد][(٢)].

وذبح آخر قبله، فلا يخلو الإمام من أن يبادر بالذبح من غير توان ولا تفريط أو بتوان وتفريط.

فإن لم يكن منه توان ولا تفريط، فسبق أحد فذبح قبله، فهذا تجب عليه الإعادة مثل الأول.

وإن كان من الإمام توان وتفريط؛ حتى تجاوز ما يذبح [في مثله][(٣)] الإمام، فهل تجب الإعادة على من ذبح قبله أم لا؟ **قولان**:

أحدهما: أنها تجزئه ولا إعادة عليه، وهو قول أبي مصعب وابن الجلاب.

والثاني: وجوب الإعادة، وهذا القول مخرج غير منصوص [عليه][(٤)].

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: المعاندة.

(٣) في أ: فيه.

(٤) سقط من أ.

وسبب الخلاف: نهيه ﷺ عن الذبح قبل الإمام، هل هو معقول المعنى أو غير معقول المعنى؟

فمن رأى أنه معقول المعنى، قال: لا يعيد إذا كان من الإمام توان، لأن ذلك رضا منه بإسقاط حقه.

ومن رأى أنه غير معقول المعنى، قال: إنه يعيد، وإن توانى الإمام.

وأما من لم يصل معه، إما لتخلفه عن الصلاة لعذر أو لغير عذر، وإما لكونه من أهل البادية ممن بعد عن الإمام.

فأما من هو قريب من الإمام غير أنه لم يشهد الصلاة معه فذبح بالتحري، ثم ظهر له أنه ذبح قبله، فهل تجزئه أو يعيد؟ **قولان**:

أحدهما: أنه يعيد، وهو المشهور.

والثاني: أنه لا يعيد وتجزئه، وهو ظاهر قول ابن الجلاب.

والصحيح: أنه يعيد، لأنه مخاطب بالصلاة مع الإمام، فيدرك ذلك بالمشاهدة.

وأما من كان بالبادية ممن بعد عن الإمام: فإنهم يتحرون صلاة أقرب الأئمة إليهم وذبحه:

فإن تبين لهم أنهم أخطؤوا، فهل تجزئهم أو يعيدون؟ **قولان**:

أحدهما: الإجزاء، وهو قوله في «المدونة» وهو المشهور.

والثاني: الإعادة ، وهو قول أشهب في «كتاب محمد».

وسبب الخلاف: المجتهد، هل يعذر باجتهاده أم لا؟

ووقت الذبح: في أيام الذبح من الضحى إلى زوال الشمس، فإن أجزأه ذبح قبل طلوع الشمس وبعد الفجر: أجزأه إذا كان ممن لا إمام له من أهل

البادية أو من غيره، ولم أر نصًا في هذه المسألة أيضًا، والذي ذكرناه هو الذي تقتضيه مسائل المذهب.

وأما من ذبح أضحيته بالليل، فهل تجزئه أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه يعيد ولا يجزئه ما ذبح، وهو قول مالك المشهور [عنه][1].

والثاني: أنه يجزئه، وهذا القول حكاه ابن القصار عن مالك في [كتاب][2] «عيون الأدلة».

وينبني الخلاف فيها على الخلاف في الأيام والليالي إذا خصصت، بالذكر، هل يفيد ذلك تخصص الحكم بها دون السكوت عنه أو المسكوت عنه يندرج تحتها ضمنًا؟، وقد وقع في «المدونة» مسائل تدل على الأمرين جميعًا.

وقد قال في «كتاب الاعتكاف»: فيمن نذر اعتكاف يوم لزمه يوم وليلة، وكذلك إذا نذر اعتكاف ليلة: لزمه يوم وليلة، وقد ذكر الله الأيام مع الليالي، فقال تعالى: ﴿وَالْفَجْرِ ۝ وَلَيَالٍ عَشْرٍ﴾[الفجر] ، فجعل الأيام مندرجة تحت الليالي». وقال في «كتاب الصيام» فيمن نذر أن يصوم [اليوم] الذي يقدم فيه فلان، فقدم ليلاً: أنه يصوم صبيحة تلك الليلة.

واختلف إذا زالت الشمس من اليوم الأول قبل أن يذبح، هل التأخير إلى اليوم الثاني أفضل أو بقية هذا اليوم أفضل؟

على قولين:

أحدهما: أن بقية [ق/ ١١٣جـ] هذا اليوم أفضل من التأخير إلى بكرة

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

ثانية، وكذلك الثاني أفضل من الثالث، ولا فرق بين أوله وآخره، وهو قول ابن المواز.

والثاني: أنه يؤخر إلى بكرة اليوم الذي يليه، وهو قول ابن حبيب، وأما اليوم الثالث إذا زالت الشمس قبل أن يذبح، فإنه يذبح ما بينه وبين العشاء الذي هو غروب الشمس. والحمد لله وحده.

المسألة الرابعة

في الأضحية، هل تجب بالتسمية أو لا تجب إلا بالذبح؟

وقد اختلف المذهب عندنا في الأضحـية، هل تجب بالتسمية أو لا تجب إلا بالذبح؟ **على قولين قائمين من** «المدونة»:

أحدهما: أنها لا تجب إلا بالذبح، وهو المشهور المعلوم في المذهب.

والثـاني: أنها تجب بالتسمية والتعيين، فمتى سمى هذه أو عينها، فإنها تجب كالهدى، وهو مذهب البغداديين من أصحاب مالك، على ما نقله أبو الفضل عياض.

وفائدة الخلاف وثمرته: إذا أراد [بيعها][1] أو بدلها بغيرها بعد التسمية أو ولدت أو جز صوفها أو حدث بها عيب أو ماتت قبل الذبح أو غير ذلك من [الأحكام][2] التي تعتريها، وتختلف باختلاف التعيين وعدمه.

و[قـد][3] نص [فـي][4] «المدونة» وغيرها: أنه يجـوز أن يبيع أضحيته ويشتري مـثلها أو ما هو خـير منها، وكذلـك الاستبدال أيضًا: فـإذا باعها واشترى من ثمنها ما هو خير [منها من ثمنها][5] واستفضل من ثمنها شيئًا، هل [ق/ ١٣٣ أ] يجوز له ذلك أو لابد أن يشتري بجميع ثمنها؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه يشتري بجميع الثمن ولا يستفضل منه شيئًا، وهو قول ابن

(١) في أ: ذبحها.

(٢) في أ: الأحوال.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه يجوز [له][1] أن يتصدق بما بين القيمتين، إذا أبدلها بدونها، [ويفضل][2] الثمن إذا اشترى مثلها أو أفضل منها أو دونها مما تجوز مثلها في الضحايا.

فإن شح في الوجهين، صنع بالفضل ما أحب، وهو قول ابن حبيب [قال:][3]، وقال بذلك [جل][4] من لقيت من أصحاب مالك.

ومثار الخلاف فيها، الخبر المروي عن النبي ﷺ: أعطي حكيم بن حزام ديناراً يشتري به أضحيته، فابتاعها بدينار ثم باعها بدينارين، فاشترى أخرى بدينار، وأتى النبي ﷺ بها وبالدينار، فتصدق به ﷺ، ودعا له بالبركة».

فمن صح عنده هذا الحديث: عمل بمقتضاه.

ومن لم يصح عنده الحديث: منعه من إصراف الفضلة في غير الوجه الذي قصد بتلك القربة ونواها.

ولا جرم أن ابن القاسم قال: «أنكر مالك هذا الحديث»، وقال مالك في الأضحية إذا ولدت: «إن ذبح ولدها معها فحسن» [ثم عرضتها عليه فقال: امحه واترك منها إن ذبح معها فحسن][5].

قال ابن القاسم: «وأنا لا أرى ذلك عليه بواجب، فتأمل قوله واترك منها: «إن [ذبح][6] معها فحسن»، فإذا ترك الاستحسان [فكأنه][7] لم يبق

(١) سقط من أ.
(٢) في ب: ويستفضل.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) في ب: ذبحها.
(٧) سقط من أ.

إلا الوجوب.

[ويدل][1] عليه قول ابن القاسم: «وأنا لا أرى ذلك عليه بواجب»، فالذي يدل عليه هذا الظاهر: أن ذبح الولد مع أمه واجب، إلا أنه لم يصر إلى ذلك أحد من أهل المذهب»، ولا متقدم ولا متأخر.

قال أشهب في كتاب محمد: «لا أرى أن يضحي به ولا يحل».

و[قال][2] في «مدونته»: «وليس ذلك مثل الهدى، والهدى بمنازلة المدبرة ولدها بمنزلتها»، يريد أن الأضحية لا تجب إلا بالذبح، وكان الولد ملكًا له، ولا يجوز له أن يضحي بدون السن [المشروعة][3]، فإن بعد ما بين الولادة والذبح، ما جاز أن يذبحه على وجه الأضحية، وهو قول مالك: «إن ذبح معها فحسن»، مراعاة القول بأنها تجب بالتسمية، ثم [أنه][4] نظر واجتهد فبقى على صميم مذهبه أنها لا تجب إلا بالذبح، فقال: «امحها واترك ما ذكرت لك من الاستحسان، لأن ذبحه معها ليس [بمستحسن][5] إنما هو أمر مباح، إن شاء فعل وإن شاء ترك».

والمحو: عبارة عن ترك العمل بما سمع، لأنه محو من الكتاب، لأن ابن القاسم ما كان يعلق عنه في كتاب، إنما هي أسئلة يلقيها من صدره هو أو يلقيها غيره، فيأخذ [عليها][6] الجواب لا غير والمسائل المحوات من «المدونة» أربع منها هذه المسألة، والثانية في «كتاب النذور» فيمن حلف لا يكسو امرأته، فافتك لها [ثوبًا][7] من الرهن، قال مالك: «يحنث».

---

(١) في أ: ويحمل.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: بمستحق.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ: ثيابًا.

قال ابن القاسم: [ثم] (١) عرضتها [عليه](٢)، فقال: «امحها، وأبى أن يجيب عنها».

قال ابن القاسم: ينوي، فإن كانت يمينه ألا يهب لها ثوبا، ولا يبتاعه لها: لم يحنث، وإن لم تكن له نية: لم يحنث».

والثالثة: في «كتاب النكاح الثاني» في نكاح المريض والمريضة، وقد قال مالك: «إن نكاحها مفسوخ، وإن صحا دخل بها أم لا.

قال ابن القاسم: ثم عرضتها عليه»، فقال: «امحها، وأرى أنهما إذا صحا ثبتا على نكاحهما».

والرابعة في «كتاب القطع في السرقة» فيمن سرق ولا يمين له أو له يمين شلاء:

قال مالك: «تقطع رجله اليسرى».

قال ابن القاسم: «ثم عرضتها عليه»، فقال: «امحها» [وأرى أن تقطع يده اليسرى](٣)، وتأول قوله تعالى: [ق/ ٧٠ب]: ﴿فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨]. وأما لبن الأضحية، فقد اختلف فيه المذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا يشربه، فإن كان معها ولدها: فلا يتعرض له، وإن لم يكن معها ولدها، وكان اللبن يضر بها في ضرعها، وأروى الولد وأضر بها ما بقى بعد ريه، فإنه يتصدق به ولا يأكله، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» في «كتاب الضحايا» و«كتاب الحج».

والثاني: أن يصنع به ما شاء [وأن يشربه](٤)، ويحرم منه ولدها، وهو

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

قول أشهب في «مدونته».

وأما جز صوفها قبل الذبح، فقد اتفق ابن القاسم وأشهب: أنه يمنع من جزه، لأن فيه جمالاً لها في الابتداء، وسحنون: بعد الوقوع.

واختلف إذا فعل وجزها، على قولين:

أحدهما: أنه ينتفع به ولا [يبيعه][1]، وهو قول ابن القاسم في «كتاب محمد» و«العتبية».

والثـاني: أنه يبيعه ويأكل ثمنه، وهو قول أشهب في الابتداء،وسحنون بعد الوقوع.

[وأما ما بـعد الذبح]، فلا خـلاف في المذهب أنه لا يـجوز [له][2] أن يبيع منها شيئًـا لا لحمًا ولا جلدًا ولا صوفًا ولا [شعرًا][3]، لأنها بـالذبح صارت قربة لله تعالى، ومن باع شيئًا منها [نقض][4] بيعه مع القيام.

فإن فات، فما الحكم في ثمنه؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أنه يتصدق به ولا يأكله، وهو وقول ابن القاسم.

والثاني: أنه يجعل ثمن اللحم في طعام يشتريه ويأكله، وثمن الجلد في ماعون أو طعام، وهو قول سحنون.

والثـالث: أنه يصنع بالثمن ما شاء، وهـو قول محمد بن عبد الحكم، وهو ظاهر قـول ابن القاسم في «كتاب الحـج»: فيمن نذر هديًا للـمساكين وذبحه بعد أن بلغ محله، قال: «يستحب له ترك الأكل منه».

---

(١) في أ: يبيعها.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ب: ولا شيئًا من الأشياء.
(٤) في ب: فسخ.

فإن أطعم منه غنيًا أو فقيرًا أو نصرانيًا: لم يكن عليه شيء، وقد وقع لسحنون في كتاب «النوادر»: ما يدل على جواز بيع جلد الأضحية، وهو قوله: وللرجل أن يؤاجر جلد أضحيته»، [وقال: كجلد][1] الميتة».

قال الشيخ أبو محمد بن أبي زيد: «إذا دبغ، ولا فرق بين بيع الأعيان وبين بيع المنافع على ظاهر المذهب».

وأما من سرقت [رؤوس][2] ضحاياه من الفرن أو ضاع الجلد عند الدقاق أو استهلكه، قال ابن القاسم: «استحببت له [أخذ القيمة][3] وأن يصنع به ما شاء من أكل أو صدقة أو شراء ما يحتاج إليه، كما لو تعدى رجل على لحم رجل، فاستهلكه.

فله أن يأخذ من المتعدي ما شاء من حيوان أو طعام»، وهو قول ابن الماجشون أيضًا.

وأما ابن القاسم: فاستحب ألا يغرم من جلد الأضحية ولحمها ورأسها شيئًا، [وكأنه رأى أخذ][4] العوض بيعًا، وما قاله عبد الملك أقيس كأم الولد إذا قتلت.

وأما إن مات عن أضحيته أو قام عليه الغرماء، فلا يخلو من أن يموت قبل الذبح أو بعده:

فإن مات قبل الذبح، كانت ميراثًا وتباع في الدين، إن كان على الميت دين.

وإن مات بعد الذبح، فلا حق فيها للغرماء، كالأمة إذا اشتراها وعليه

(١) في ب: وكذلك جلد.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ، جـ: وابتداء.

دين، فإن للغـرماء أن يبيعوها في ديـنهم قبل الإيلاد، فإذا أولدهـا لم يكن ذلك لهم.

فإذا قلنا أنه لا حق فـيها للغرماء: فإنها تكون للورثـة، يأكلونها، وهل [تكون بينهم] على السواء أو على قدر مواريثهم؟

قولان:

أحـدهمـا: أن أكلهم فيـها [بالسواء](١)، الذكر والأنثـى، [وذو السهم والعاصب](٢)، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنهم يقتسمونها على [قدر](٣) فرائضهم في الميراث، وهو قول أشهب.

واختلف فيمن تـصدق عليه بلحم الأضحية أو بجـلدها، هل يجوز له بيعه أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: الجواز، وهو قول أصبغ.

والثاني: المنع، وهو قول محمد في كتابه.

تم كتاب الأضحية بحمد الله [وحسن عونه] (٤)

ويتلوه كتاب النكاح

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: وذووا الأسهام والعصبة.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

كتـاب النكاح الأول



كتاب النكاح الأول

بسم الله الرحمن الرحيم

تحصيل مشكلات هذا الكتاب وجملتها ست عشرة مسألة:

المسألة الأولى

في اشتقاقه

وأصل النكاح في وضع اللغة: الجمع والضم، قالوا: أنكحت البذر في الأرض: إذا حرثته فيه، ونكحت الحصا أخفاف الإبل: إذا دخلت فيها، ثُمَّ استُعمل في الوطء.

وهو [عرف الشرع] [١] ينطلق على العقد؛ لأنه بمعنى الجمع وما له [في][٢] الوطء، وقد جاء في كتاب الله تعالى، قال: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾[٣]، وقال سبحانه: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا﴾[٤]، وقال: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ﴾[٥]، وقال جل وعلا: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾[٦].

ويبعد أن يكون «النكاح» المذكور، المراد به: الوطء، إذ الوطء بغير عقد نكاح محرمٌ شرعًا.

---

(١) في أ، ب: الشرع عرف.

(٢) في ب: إلى.

(٣) سورة النساء الآية (٢٢).

(٤) سورة البقرة الآية (٢٢١).

(٥) سورة النساء الآية (٣).

(٦) سورة النساء الآية (٢٥).

وقد يرد والمراد به: الوطء بعينه، قال الله تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾(١)، وكذلك أيضا قوله سبحانه: ﴿الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾(٢)، على الخلاف بين العلماء في التأويل.

ويُطلق والمراد به: الصداق، قال الله عز وجل: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ﴾(٣)، أي: لا يقدرون على الصداق لعُسرهم، وذلك أيضا على أحد التأويلات، وهو من الأسماء المشتركة.

والحمد لله وحده.

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٣٠).

(٢) سورة النور الآية (٣).

(٣) سورة النور الآية (٣٣).

المسألة الثانية
في الشغار وحكمه

ـ والشِّغَار في اللغة يُطلق ويراد به: الرفع، يقال: شغر الكلب، إذا رفع رجله ليبول، وذلك أنه لا يفعل ذلك إلا إذا كبرُ وبلغ حد الوثوب على الإناث.

ـ ثم استعلموه: فيما يُشبه، وقال: شَغَرَ الرجل المرأة إذا فعل بها ذلك للجماع، وشَغَرَت هي أيضا: إذا فعلته.

ـ ثم استعملوه في النكاح لارتفاع الصداق من العقد.

ـ ويطلق أيضا والمراد به: الخلو، يقال: [بلد][1] شاغر: إذا كان [خاليًا][2] من السلطان، ثم استعمل ذلك في النكاح لخلوه [من][3] الصداق.

وقد أجمع العلماء [رحمهم الله][4] على تحريم الشِّغار، ثم اختلفوا فيه بعد وقوعه، واختلف مشايخنا في علَّة تحريمه، هل هي لفساد عقده لكون كل يضع صداقا للآخر، فهو للزوج غير تام الملك، [لمشاركته][5] من أصدقته لحقها فيه، فكان كمن زوج وليته من رجلين [أو][6] تزوَّج

(١) في أ، ب، جـ : له.
(٢) في أ، ب: خليا.
(٣) في أ، جـ: عن.
(٤) زيادة من ب، جـ، ع، هـ.
(٥) في أ: لمشاركة.
(٦) في أ، ب: و.

نصف امرأة أو عقد بيعًا في سلعةٍ من رجلين، على أنَّ لكلّ واحدٍ منهما جميع السلعة، وذلك كله مما لا يصح فيه العقد.

وعلى هذا حملوا قوله المشهور بفسخه «قبل وبعد»، إذ هو أصله فيما فسد لعقده، فيما حكاه البغداديون عنه في الأشهر من القول.

وعلى ما في «كتاب ابن عبد الحكم» من الخلاف فيما فسد لصداقه.

ومنهم من جعل علَّة فسخه لجمعه الفسادين، فساد في الصداق وفساد في العقد.

ومنهم من قال: إنما اختلف قولهُ فيه، للاختلاف في النهي هل يدلُّ على فساد المنهي عنه أم لا ؟، وهو تأويل أبي عمران الفاسي.

ومنهم من قال: إنما اختلف لاختلافهم في معنى الشِّغار، وهو تأويل القاضي [إسماعيل][1]، وهو أضعف التأويلات.

ومنهم من قال: أن [علة فساده][2] عروه من الصداق واشتراطهما ذلك، وهو تأويل القاضي إسماعيل.

فعلى هذا يأتي القولان المنصوصان له في «كتاب النكاح الثاني» فيمن شرط ألا صداق عليه، وإلى هذا التأويل نحا أبو الوليد الباجي.

وقال القاضي أبو الفضل: وتفريق مالك بين صريح الشِّغار ووجه [لا يدلَّ][3] عندي على هذا، إذ لو كان فساده لأجل فساد الصداق مجردًا، لكان جوابه فيهما سواء، إذ العِلَّة [ق/ ١٣٤أ] موجودة فيهما.

---

(١) سقط من ب.
(٢) في أ، ب: علته.
(٣) في ب: يدل.

وإن كان لفساد العقد، فكذلك أيضا يجب أن يكون الجواب فيهما واحد، لمشاركة كل [واحدةٍ][١]، زوج [الأخرى][٢] في بضعها.

وقد يحمل الخلاف فيهما: إما على الخلاف في فساد الصداق إذ عدمه كفساده، أو على الفساد في العقد إذ خلو العقد عن الصداق أو التفويض فيه، وشرط إسقاطه خلل ببعض أركانه، فأدى ذلك إلى فساده، وبه [علل][٣] ابن حبيب.

و [قد][٤] قال بعض المتأخرين من البغداديين: أن المعقود به إذا كان فاسدًا وجب فساد العقد، ويتخرج [قوله][٥] على الوجهين:

فمرة غلب فساده للصداق، فقال بإمضائه بعد الدخول [ومرة غلب فساده][٦] للعقد [فرده][٧] أبدًا، وإن دخل.

وقد أشار [أبو محمد][٨] عبد الحميد السوسي إلى أنه يتخرج من الكتاب على التعليل، فسخ نكاح الشغار بأنَّ العلة فيه [فساده][٩] لعقده، قول فيما فسد لصداقه يفسخه أبدا، كما قال البغداديون، وقال أبو القاسم السيوري: أنَّه يتخرج من قوله: أن فيه الميراث، وأن الفسخ فيه بطلاق قول

(١) سقط من جـ.
(٢) في أ، ب: أخرى.
(٣) في أ، ب: قال.
(٤) سقط من أ، ب.
(٥) في أ، ب: قول.
(٦) سقط من أ، ب.
(٧) في أ: فردًا.
(٨) زيادة من ب.
(٩) في أ: فساد.

ثالث أنَّه يمضي بالعقد، كمذهب المخالف، وخرَّج هذا القول غيره، على أحد قولي مالك فيما اختلف الناس فيه أنه يمضي ولا يرد وإن نزلوه ووقوعه [كحكم][1] حاكم، وهو تخريج بعض البغداديين.

وهذا الذي قاله البغداديون [بعيد][2]، وتخريج السيوري أقرب، وذلك أن فوات ما اختلف فيه [بالعقد][3]، إنما هو فيما اختلف فيه ابتداء في إجازته أو منعه.

وإذا وقع فهل وقوعه فوت أم لا؟

وأما الشِّغَار فمتفق على منعه ابتداء للنهي الوارد فيه، وقد قيل: إن العقد في [مثل][4] هذا فوات للنكاح، لوقوع [الموارثة][5] والحرمة، وأحكام كثيرة بنفس العقد فيه، فأشبه اختلاف الأسواق المفيتة للعقود الفاسدة في البيوع.

فهذا ما قيل في هذه المسألة على الجملة.

وأما من حيث التفصيل، فنقول وبالله التوفيق: لا خلاف في نكاح الشِّغَار أنه لا يجوز [ابتداءً][6].

فإن وقع ونزل، هل يفسخ أو لا يفسخ؟ **على أربعة أقوال كلها قائمة كلها قائمة من المدّونة:**

---

(١) في أ: حكم.
(٢) في أ: يبعد.
(٣) في أ: بعد العقد.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: الموازنة.
(٦) سقط من أ.

أحـدهـا: أنَّه يفسـخ قبل البناء وبـعده، ولا فرق بين صريح الـشغار ووجهـه، وهذا علـى القول بـأنَّ فساد الصـريح في صـداقه، ولا سيـما [على][(١)] تخريج السيوري وغيره من البغداديين.

والـثـانـي: أنه يمضـي بالعقد دون الدخـول، وهو تأويل أبي الـقاسم السيوري، ولا فرق بين الصريح ووجهه.

والـثـالـث: التفصيـل بين الصريح والوجه، وهو نـص [قوله في][(٢)] الكتاب.

والـرابـع: أنه يفسخ قـبل البناء [ق/ ١ع] ويثبت بـعده، وهو نص «المدونة» في وجه الـشِّغَار، ولا فرق بين صريحه ووجهه، عـلى القول بأنَّ العلـة في [وجه][(٣)] الفساد في الصداق، وهذا الـكلام في فساد النكاح وصحته.

وأما الصداق: فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يدخل بهما جميعا.

أو لم يدخل بواحدة منهما.

أو دُخل بواحدة دون الأخرى.

فإن دخل بهما جميعا، فلا يخلو من ثلاثة [أوجه]:

إما أن لا يُسميا لواحدة منهما.

أو سُميا لكل واحده منهما.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

أو سميا لواحدةٍ دون الأخرى.

فإن لم يُسم لواحدة منهما، فلكل واحدة منهما صداق مثلها، ولا خلاف في ذلك.

وإن سميا لكل واحدة منهما، هل يكون لهما صداق المِثل أو الأكثر؟

فالمذهب على قولين قائمين من المدونة:

أحدهما: أنّ لكلٍّ واحدة صداق مثلها بالغا ما بلغ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة»، ولا يلتفت إلى ما سميا، إن كان أقل من صداق المثل، وهو نص ما وقع لابن القاسم في «كتاب ابن أبي العمر» ومن قوله: «فإن بنى بها كان لها صداق المثل، كان أقل من التسمية أو أكثر»، وهو أحد الأقوال في البيع والسَّلَف.

والثاني: أن لها الأكثر من المسمى أو صداق المثل، وهو قول سحنون في بعض روايات «المدونة» [وهي واية صحيحة][1]، وهو قوله: «إلا أن يكون ما سميا أقل فلا ينتقصان من التسمية»، ثبت هذا اللفظ من قول سحنون في الأصل.

واختلف: في تأويله:

فمنهم: من جعله تفسيراً لقول ابن القاسم، فيكون له في المسألة قولان، ويدل على ذلك تمثيل ابن القاسم [المسألة][2] بالتي تزوجت بمائة، [وبثمرة][3] لم يبدو صلاحها.

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: وثمره

ومنهم من [جعله][1] خلافًا، وأنَّ ابن القاسم لا يقول به، إذ هو عقد فاسد عنده، [ففات][2] بالدخول، فيكون فيه صداق المثل ما بلغ، كسائر العقود الفاسدة.

فعلى القول الثاني: أنَّ لهما الأكثر، إذ لم يبق للزوجين حجَّة، وإنَّما الحجَّة للنساء، تقول كل واحدة: جُعل مهري ما سمي لي ونكاح الثانية، فكان البضع بعض الصداق، فتبلغ مهر مثلها، والزوج وإن سمَّى أكثر من صداق المثل، ويحتج بأنه سيقول: إنما فعلت ذلك لرغبتي في تزويج وليَّتي، فيقال له: قد وصلت إلى غرضك، إذ قد ثبت لك ما أردت بالدخول، فلا حجة لك في ذلك.

وإن سمَّى لواحدةٍ منهما دون الأخرى، [فللتي][3] لم يُسم لها صداق المثل [بالغًا][4] ما بلغ، ولا خلاف في ذلك.

واختلف في التي سمى لها، هل يكون لها الأكثر أو صداق المثل؟

على قولين متأولين على «المدونة»:

أحدهما: أنّ لها صداق المثل بالغا ما بلغ، وعلى هذا اختصر الشيخ أبو محمد المسألة، قال: «ولكلٍّ واحدة صداق المثل»، فسوَّى بينهما، وكذلك نقل ابن لبابة في المسألة على «المدونة»، وهو [قول][5] عيسى بن دينار في

---

(١) في جـ: جعل ذلك.

(٢) في جـ: وفات.

(٣) في أ: والتي.

(٤) سقط من أ.

(٥) في جـ: نص.

«المبسوط»، [كذا][1] [فسرها][2] في سماع يحيى بن يحيى بن القاسم، وهذا على الأصل المتقدم، لأنا لو فسخنا نكاح التي لم يُسَمَّ لها بكل وجه بقيت حجة للزوج، فيما زاد، إذ لم يتم له غرضه في إمضاء نكاح وليته.

والثاني: أنها يكون لها الأكثر، وهو تأويل بعض المتأخرين على «المدونة»، وقالوا: هو مراد الكتاب.

وإن لم يدخل بواحدة: فلا صداق لها لا نصف ولا غيره، سمّى أو لم يُسم.

وإن دخل بواحدة منهما دون الأُخرى، كان للمدخول بها صداق المثل.

وعلى القول بأن النكاح يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، هل يكون الفسخ فيه بطلاق أو بغير طلاق؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن الفسخ في ذلك بغير طلاق، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رواية البلاّغ.

والثاني: أن الفسخ فيه بطلاق، وهو قول ابن القاسم أيضا في «المدونة» في قوله: «وأكثر الرواة [وعلى][3]، أن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه، مثل: نكاح الشِّغَار ونكاح المحرم، وما كان صداقه فاسدًا [ق/ ١ هـ]، فأدرك قبل البناء: فالفسخ في ذلك [كله][4] بغير طلاق».

والقول بأن الفسخ في ذلك بطلاق أصح، لأن الفسخ فيه على معنى

(١) في جـ: كما.
(٢) في أ: فسر ما.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

الاستحباب لا على معنى الوجوب، لأن العقد لا يخلو من أن يقع صحيحا [أو فاسدًا، فإن وقع صحيحًا][١] كيف يفسخ قبل البناء؟ وإن وقع فاسدًا كيف يصحِّحه البناء؟ لأن العقود الفاسدة لا يصحِّحها البناء، يدل ذلك، والحالة هذه: أن الفسخ استحباب.

وقال بعض المتأخرين: «وفائدة الفسخ قبل البناء بطلاق عقوبة على الزوج، لئلا يعود إلى مثل هذا، وبيان العقوبة تفويت الغرض المقصود بالطلاق [والواقع][٢] [فقيل له][٣]، وقد يراجعها بنكاح جديد، فأجاب بأن قال [ق/ ١١٥جـ]: وقد لا ترضى بذلك إلا بزيادة المهر، وإن اتفق أن ترضي بذلك القدر أو بدون صداق المثل، فالطلاق في نفسه عقوبة، لاحتمال أن تكون بقيت عنده تطليقة [واحدة][٤].

فإذا فسخ [نكاحه][٥] بطلاق حرمت عليه إلا بعد زوج، وقد [لا][٦] يتقدم [منه][٧] فيها طلاق إلا هذه التطليقة، فيتم [بها][٨] العدد، ويدخل عليه بذلك ضرر على كلٍّ حال، وإلى هذا ذهب أبو القاسم بن محرز.

فإذا قلنا: أنَّ الفسخ فيه بطلاق، فهل يُشطر الصداق إذا كان مما يصح فيه الملك أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: قبل وبعد.

(٤) زيادة من ب، ع.

(٥) سقط من أ، جـ.

(٦) سقط من أ.

(٧) في ع: له.

(٨) في أ: عليه بهذا.

أحدهما: أنه لا يُشطر ولا يكون لها من الصداق شيء، وهذا نص المذهب.

ويتخرج فيه قولٌ **ثان**: أنه يُشطر، ويكون لها النصف؛ لأنه طلاق وقع قبل البناء، ولا يُعترض على هذا القول بأن يقال: طلاق وقع [بغير][1] اختياره، وإيثاره ولا يلزمه فيه الصداق، كما لو كان مجمعا على تحريمه، لأن الفسخ فيه على الاستحباب، والزوج قادر على تصحيحه بالدخول الذي هو من جنس مقدوره، فأشبه طلاق المعسر بالنفقة على أحد الأقوال، وهو ما لابن القاسم في «العُتبيَّة»، وهو إذا كان الصداق مما يمتلك، ويمكن تشطيره كما قَدَّمناه، مثل: أن يتزوجها بمائة دينار إلى أجل مجهول.

وسبب الخلاف: اختلافهم في المرأة، بماذا تملك الصداق؟، هل تملكه بالعقد أو لا تملك بالعقد شيئا، وإنما تملكه بالدخول أو نصفه بالعقد ونصفه بالدخول؟، على ما يأتي عليه البيان في كتاب «النكاح الثانى» إن شاء الله تعالى [وهو حسبنا ونعم الوكيل][2] [والحمد لله وحده][3].

---

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من ب، ع.

(٣) زيادة من جـ.

المسألة الثالثة

في الولاية في النكاح

ولا خلاف في مذهب مالك ـ رحمه الله: أن الولاية مشروطة في النكاح، وأنها من شروط الصحة لا من شروط التمام إلا شيئا تأول على ابن القاسم: أن الولاية من شروط التمام، من قوله: أن الميراث بين الزوجين بغير ولي، ومن قوله في الدنية: يجوز أن تستخلف على نفسها أجنبيا يزوجها، وبمذهب مالك قال الشافعي خلافا لأبي حنيفة، والدليل على ما نقوله [ظاهر][1] الآي والأخبار، على ما [لا][2] يسع هذا المجموع إيراده، وهي عندنا أعني: الولاية تنقسم إلى ولاية جبر وإلى ولاية إذن:

فأما ولاية الجبر، فهي مختصة بالسادات في العبيد، صغارًا [كانوا][3] أو كبارًا، [أو][4] بالآباء في صغار بنيهم الذُّكور: من غير [ق/ ٢ع] خلاف، والإناث: على الخلاف.

وفي بنيهم الكبار الذكور [والإناث][5] على تفصيل وتحصيل، وبمن أقاموه مقام أنفسهم بعد وفاتهم.

أما ولاية السادات في العبيد، فلا يخلو من وجهين:

---

(١) في أ: بظاهر.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ، ب، ع.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

أحدهما: أن يكون السيد قد سبق فيهم [منه][١] عقد من عقود الحرية [ق/ ٧١ب] أم لا، فإن سبق من السيد فيهم عقد من عقود الحرية، مثل: التدبير والكتابة والإيلاد والعتق إلى أجل، فهل [له إجبارهم][٢] على النكاح أم لا؟ **فالمذهب على أربعة أقوال:**

أحدها: أن له إجبارهم جملة؛ لأنهم إلى الآن على الرق، ولم يصيروا بعد الحرية.

والثاني: أنه ليس له إجبارهم، [لأجل الشبهة][٣] التي حصلت لهم من الحرية [بالعقد][٤] الذي عقد لهم.

والثالث: أن له جبر من له أن ينتزع ماله دون من ليس له أن ينتزع ماله، فيمنع من إجبار الكاتب والكتابة [ق/ ١٣٥أ] ومن إجبار أم الولد، والمُدَبَّر إذا مرض، ومن المعتق إلى أجل إذا قرُب الأجل، لأنه إذا لم يملك أن ينتزع ماله، فأحرى ألا يعقد عليه فيما يتعلق بالجبر.

والرابع: أن له إجبار الذُّكران دون الإناث، لأن الذكران بأيديهم الطلاق، فيحلون عن أنفسهم، إذا صاروا إلى العتق بما عقد عليهم، وتوجيه كل [قول][٥] مشار إليه عند الإيراد.

فإن لم يسبق من السيد فيهم عقد من عقود الحرية، فلا يخلو من أن

---

(١) سقط من ب.
(٢) في أ: لهم إجبار.
(٣) في أ: لأن النية، وفي جـ: لأن التهمة ، والمثبت من ب، ع.
(٤) في أ، جـ: قد حصلت من العقد.
(٥) سقط من أ.

يقصد بذلك الضرر [بهم][1] أم لا:

فإن قصد السيد بعقد النكاح عليهم ضررًا، مثل الجارية المرتفعة [لها][2] الحال، يزوجها من عبد له أسود على غير وجه الإصلاح، فهذا لا يجوز، وهو قول مالك في «كتاب محمد».

فإن لم يقصد بذلك ضررًا، فلا خلاف في مذهبنا أنّ للسيد أن يُجبرهم على النكاح، ذكرانًا وإناثًا، صغارًا وكبارًا؛ لأنها ولاية صحيحة لأجل الرق.

وأما ولاية الآباء في الجبر، فإنها صحيحة في صغار ذكور أولاده جملة من غير تفصيل، حتى يبلغوا.

فإذا بلغوا وظهر منهم الرشد سقطت عنهم ولاية الجبر بلا خلاف.

فإن بلغوا وظهر منهم السفه، هل يسقط عنهم الإجبار أم لا؟

قولان قائمان من «المدونة»:

أحدهما: أنهم يجبرون ما دام السَّفه قائما بهم، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنهم لا يجبرون ولا ينكحون إلا برضاهم، وهو قول ابن الماجشون.

فإذا قلنا: أن الأب يجبر ولده على النكاح، هل يحمل ذلك على المصلحة والسداد من [غير] اعتبار بظهور دلائل الصحة [أو لابد من ظهور دلائل الصحة][3]؟

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

فظاهر المذهب: أن فعل الأب يُحمل على المصلحة [والسداد][(١)] سواء ظهرت لنا أو خفيت، وإن [كان قد وقع في كتاب «إرخاء الستور» في «باب الخلع»: إذا كان فيه الغبطة والسرور، كنكاحه من المرأة الموسرة، فظاهر][(٢)] هذا [التقييد][(٣)] يشعر بالخلاف.

وأما صغار الإناث، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن تكون بكرًا.

والثاني: أن تكون ثَيبًا.

فإن كانت بكرًا، فلا خلاف في المذهب [في][(٤)] جواز الجبر، كصغار الذكور على سواء.

وإن كانت ثيِّبًا، مثل: أن تكون قد تَأَيَّمت من زوج، وانقضت عدَّتها قبل [بلوغها، فهل يملك الجبر عليها أم لا؟

المذهب][(٥)] **على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أن له إجبارها قبل البلوغ وبعده، ولا اعتبار لثيوبتها، وهو قول سحنون.

والثاني: أنها لا تجبر أصلاً، بلغت أم لا، وهو قول أبي تمام البغدادي.

والثالث: أنها تجبر قبل البلوغ، فإذا بلغت سقط الجبر عنها، وهو قول

---

(١) زيادة من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ب: التعليل.

(٤) في أ: على.

(٥) بياض في جـ.

أشهب في كتاب محمد.

وسبب الخلاف: استنباط القياس من موضع الإجماع، وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب [يجبر][١] البكر [غير][٢] البالغ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ، إلا خلافا [شاذًا][٣] روي عن الحسن، ثم اختلفوا في موجب الإجبار، هل هو البكارة أو الصغر؟

فمن قال: الصغر قال: لا تُجبر البالغ كما صار إليه الحنفي.

ومن قال: البكارة قال: تجبر البكر البالغ، ولا تجبر الثيب الصغيرة.

ومن قال كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد، قال: تجبر البكر البالغ والثَّيِّب غير البالغ.

وأما كبار الأولاد، الذكور والإناث:

أما الذكور، فلا يخلوا من أن يكونوا رشداء أو سفهاء.

فإن كانوا رشداء، فلا خلاف أنهم لا يجبرون؛ لأنهم مالكون أمر أنفسهم وأموالهم.

وإن كانوا سفهاء، فهل يزيل الجبر عنهم البلوغ [أو لا يزيله][٤]؟ قولان:

وأما الإناث البوالغ، فلا يخلوا حالهن من أن يكن أبكارًا أو ثيبات:

فإن كن أبكارًا، فلا يخلوا من ثلاثة أوجه:

(١) في أ: الإجبار في.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: أم لا.

أحدها: أن تكون بكرًا في خدرها.

[**والثاني**] **أن**: تكون بكرًا تأيمت من زوج.

[**والثالث**] **أن**: تكون بكرًا معنَّسة.

فـإن كانت بكرًا في خدرها، غـير معنَّسة في حالهـا، فلا خلاف في المذهب أن للأب أن يجبرها على النكاح، وهل يندب الأب إلى مؤامرتها أم لا؟ **قولان**:

أحدهما: أنه يندب، وهو قوله في «كتاب محمد».

والثـاني: أنَّه لا يندب وأن ذلك أمر مباح [له][1]، إن شاء فعل وإن شاء ترك، وهو ظاهر «المدونة».

وسبب الخلاف: تعارض القول والفعل:

أما القول، فقوله ﷺ: «**البكر يستأذنها أبوها**»[2] خرجه مسلم.

وأمـا الفعل، فما روي عنه [ﷺ][3] أنه زوج ابنته [من عثمان][4] ولم يستشـرها على الرواية الـصحيـحة في الحـديث، وفي بعض طرقـه [ابنتـيه][5]، والاستئمار أحسن، ليـخرج من الخلاف، ويعقد نكاح ابنته، على وجه مـتفق عليـه، وقد يكون بها من العـيوب مـا يخفى على الأب، بحيث لو أخبرها أو استأمرها، لأعلمته بذلك [العيب][6]، إما بواسطة أو

---

(١) سقط من أ.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٢١).

(٣) سقط من أ .

(٢) سقط من أ.

(٤) في أ: لعثمان.

(٥) في ب: لم يستأمرها.

(٦) سقط من أ.

بمباشرة.

وإن كانت بكرًا قد تأيمت من زوج بطلاق أو موت، فهل للأب أن يجبرها على النكاح [أوليس له أن يجبرها][١]؟ **فلا يخلو من وجهين:**

أحدهما: أن تكون قد تأيمت بقرب البناء.

والثاني: أن تتأيم بعد طول.

فإن تأيمت بقرب البناء وأنكرت المسيس، وادّعت بقاء البكارة وكذبها الزوج: فالقول قولها في بقاء البكارة، ولأبيها أن يزوجها كما يزوج البكر، لأنها أقرت بأن صنع الأب جائز لها، وهو قول ابن القاسم في «المدونة» [ومعناه أن الأب صدقها فلو كذبها الأب لكان القول قوله، وهذا الذي قاله ابن القاسم][٢] فيه نظر، وكيف يقبل قولها وقد تتهم [في بقاء نفقتها][٣] على أبيها بما تدعيه من بقاء البكارة.

فإن طالت المدة، فالمذهب [على قولين: أحدهما][٤] أنها تجبر و[الثاني][٥] أنها [لا تجبر وأنها][٦] كالثيب على سواء.

واختلف في حد الطول، على قولين:

أحدهما: أن السُّنة طول الإقامة، وهو قول مالك في «المدونة». إذا طالت إقامتها معه، وشهدت مشاهد النساء، فلا يزوجها الأب إلا برضاها، وهل السُّنة طول بمجردها أو بإضافة مشاهد النساء إليها؟ [وظاهر «المدونة»:

---

(١) في أ: أم لا.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: بقائه فيها.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ.

أن السُّنة طول، بإضافة مشاهد النساء إليها][1].

والثاني: أن حد [ق/ ٣ع] الطول زوال الحياء والانقباض.

والقولان حكاهما القاضي عبد الوهاب في المذهب، وسواء في جميع ذلك وافقها الزوج على [عدم][2] المسيس أو ناكرها، وهذا من المسائل التي جعل فيها طول [المكث][3] يقوم مقام الدخول.

ومنها امرأة العنين [فإن][4] طول المكث تستحق به جميع الصداق كالدخول، وهذا [ق/ ٢هـ] مما لا دليل عليه أصلا، وإنما الإتباع لمالك ـ رحمه الله.

وقد جعل في هذه المسألة أن علة الجبر الحياء والانقباض من غير اعتبار بالبكارة.

[**فإن**][5] كانت بكرا معنسة، ففي إجبارها على النكاح قولان قائمان من «المدونة»:

أحدهما: أنها تُجبر.

والثاني: أنها لا تُجبر.

والقولان: عن مالك قائما من «كتاب الكفالة».

وسبب الخلاف: هل الاعتبار بالبكارة أو بالحياء والحشمة:

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: المدة.

(٤) في أ، جـ: أن.

(٥) في أ: وإن.

فمن اعتبر البكارة، قال: تجبر.

ومن اعتبر الحياء، قال: لا تجبر.

وقد اضطرب المذهب في ذلك:

[فمرة] اعتبر البكارة على الانفراد [ومرة اعتبر الحياء على الانفراد][1]، ومرة اعتبر الوصفين على الضم والجمع، ومشهور مذهبه أن الاعتبار بالحياء على الانفراد.

فإن وجدت معه البكارة كان وإلا فيجتزئ بالحياء على الانفراد، وهو ظاهر قوله في الثيب الصغيرة، وفي التي طالت إقامتها مع زوجها، وفي التي زنت مرة واحدة، وفي المعنسة على أحد الأقوال، وذلك [أن][2] ولاية الجبر فائدتها اختصاص الولي بالنظر، واستبداده بالاختيار، فيما يراه سدادًا وصلاحا لوليته من غير أن يشاركها في رأي أو يطالعها في أمر، لا في تعين الزوج ولا في تقدير [المهر][3] [لقصور][4] عقلها عن إدراك مصالحها وقلة خبرتها بأحوال الرجال، ولا جرم [فقد][5] وكل الشرع أمرها إلى من هو أشفق الناس عليها وأكثرهم بها حنانا ورأفة ورحمة، وهو الأب في بنيه الصغار، والسيد في عبيده عن فإذا ذهب جلباب الحياء عن وجهها، وباشرت الأمور بنفسها، وعرفت مصالحها وما يُراد منها وبها، فقد زال الجبر عنها لزوال علته، وهذا [معنى][6] مناسب للحكم مخيل له.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: بأن.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: لقصر.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ.

وأما النساء [الثيبات][1] فلا يخلوا حالهن من وجهين:

أحدهما: أن تكون ثيبا بنكاح.

والثاني: أن تكون [ثيبا بزنا][2] أو غصب.

فإن كانت [ق/ ١١٦جـ] ثيبا بنكاح، فلا يخلوا [حالها][3] من وجهين:

أحدهما: أن تكون مصلحة في نفسها، [مرضية][4] في أحوالها.

والثاني: أن تكون سفيهة في نفسها مضيعة لأمرها.

فإن كانت صالحة في نفسها مدبرة لضيعتها، عارفة بمصالح حياتها، فلا خلاف في زوال الجبر عنها.

وإن كانت سفيهة في نفسها، غير رشيدة في حالها مضيعة لأمرها، فخشى عليها الفساد والضيعة، هل تجبر على النكاح أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنَّها لا تجبر على النكاح، ولا يجبرها أحد من أوليائها لا أب ولا غيره، وهو قول ابن القاسم في المدونة، إلا أن للأب أو الولي أن يضمها إلى نفسه إذا خاف عليها الهوى والضيعة.

والثاني: أن وليها يجبرها على النكاح [بغير رضاها][5] إذا رأى

---

(١) في أ: الثيب.

(٢) في أ: بزنًا ثيبًا.

(٣) في أ، ب، ع: حالهن.

(٤) في جـ: مدبرة.

(٥) سقط من أ.

[في][1] ذلك نظرا ومصلحة لها، وسواءٌ كان وليها أبًا أو غيره من الأولياء، وهو قول ابن القصَّار، ووافقه على ذلك حُذَّاق المشايخ، والذي قاله أبو الحسن يشير إلى ما تقدم من اعتبار المصالح في علة الجبر.

وإن كانت ثيوبتها بالغصب والزنا، فلا يخلوا من أن يتكرر ذلك [منها][2] أو لا:

فإن تكرر الزنا منها حتى استأنست به، وعاد لها حرفة، فهذا محل الاتفاق أنها لا تجبر على النكاح لوجود الوصفين، زوال البكارة وقلة الحياء [وبروز وجهها][3] في الخلا والملا.

فإن لم يتكرر ذلك منها، وإنما كان [ذلك][4] منها زلة [وفلتة][5]، فهل يزيل ذلك الجبر عنها أم لا ؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أن للأب أن يجبرها على [ق / ٤ ع] النكاح؛ لأن ذلك لا يزيد إلا حياءً لها وحشمة [لرذيلة][6] الفاحشة التي أتت بها، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنها لا تجبر على النكاح؛ لأن الثيب بالزنا كالثيب بالنكاح، وهو قول حكاه ابن الجلاب بناء منه على أن البكارة علة للجبر.

والثالث: أن لها حكم الثيب بالنكاح، في عدم الإجبار، لوصول العلم

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: وبروزها.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: واحدة.
(٦) في ب: لرذالة.

إليها بما يراد لها من ذلك، ولمباشرتها [أمور الوقاع][١] ومقدماته، ولا فرق [بين][٢] أن يكون ذلك عن حلال أو حرام، وأن لها حكم البكر في صفة الإذن، ويكون إذنها صماتها؛ لأنها تستحي أن تنطق بالرضا، لما [تراكم][٣] على وجهها من الحياء، لإتيانها فاحشة الزنا، وهذا القول حكاه ابن رشد، وهو قول بيْنَ القولين.

وسبب الخلاف: ما تقدم.

وأما الوجه الثاني: الذي أقامه الآباء مقام أنفسهم، كالوصي، فلا يخلو ذلك من خمسة أوجه:

أحدهما: أن يقول [فلان][٤] وصى على تزويج ابنتي فلانة لفلان.

والثاني: أن يقول [فلان][٥] وصى على تزويج ابنتي فلانة ممن أحب.

والثالث: أن يقول: [ق/ ١٣٦ أ] [فلان][٦] وصي على أبضاع بناتي.

والرابع: أن يقول: فلان وصي [ولم يزد][٧].

والخامس: أن يقول: فلان وصى على بيع تركتي، واقتضاء ديوني.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا عين الزوج، وقال: فلان وصَّى على

(١) في ب: ولوقوع الوطء.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ب: يزاحم.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.

تزويج ابـنتي فلانة مـن فلان، فهذا لـه الجبر بلا خلاف فـي المذهب؛ لأن العقـد كأنه صدر من الأب لما عين الزوج واختـاره، وقد حكى ابن بـشير الخلاف في الوصي على النـكاح: أنه لا مدخل له [مع][1] الأوليـاء في البكر أصلا.

والجواب عـن الوجـه الثـاني: إذا قال: فلان وصـى على تزويج ابـنتي فلانية ممن أحب من غير أن يعين الزوج، ولا سمَّاهُ، هل له الجبر وإنكاحهن قبل البلوغ أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحـدهـمـا: أن للوصي إجبـارهنَّ وإنكاحهنَّ ممن يراه نظـرًا لهن، قبل البلوغ وبعده ، وهو المشهور من قول مالك.

والثـاني: أنه ليس له إجبارهنَّ ولا يعقد على البوالغ منهنَّ إلا بإذنهنَّ؛ لأنَّ الأب إنما ملك ذلك لأمر هو عليه، لا يوجد في غيره، وذلك ما ركب الله في الآباء من الشفقة والحنان والرفق والرأفة [بأولادهم][2] وهو [قول] القاضي أبي محمد [عبد] الوهاب.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الوصي، هل يقوم مقام الأب في جميع تصرفاته أم لا؟

وقد قـال يحيـى بن سعـيد في بعـض آثار «المدونـة»: الوصي الـعدل كالأب.

الجواب عـن الوجه الثـالث: إذا قال: فـلان وصى على [أبـضاع][3]

---

(١) في ب: على.
(٢) سقط من أ، جـ.
(٣) في أ: بضع.

بناتي، فهذا لا أعلم لـه في المهذب نص خلاف: أنه لا [حق][1] له في التصرف في المال، وإنما يتصرف في الأبضـاع؛ لأنها وصية مخصوصة على شيء معين، ثم لا يخلوا أمر بناته من [أحد][2] وجهين:

إما أن يكُنَّ أبكارًا **أو**[ثيبات][3].

فـإن كُنَّ أبكارًا، فالـعقد للوصي دون سائر الأوليـاء، ويستحب أن يشاورهم تطييبا لأنفسهم، لأنه أجنبي عنهم.

واختـلف هل له أن يجبرهـن على النكاح أم لا؟ **على قـولين**: وهـو الخلاف حكاه بعض المتأخرين، فإن اجترئ الولي وعقد نكاح البكر بغير إذن الوصي، فهل للوصي فسخه، أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحـدهمـا: أن للوصي فسخه، وهو ظاهـر المدونة، ونص ما في كتاب محمد.

والثـاني: أن السلطان ينظر في ذلك، فإن رآه نظرًا وسدادًا منع الوصي من فسـخه، وهو قول بعـض المتأخرين عـلى ما نقلـه القاضي أبو الـفضل [عياض ـ رحمه الله][4].

وسبب الخلاف: هل ذلك حق للوصي، وأنه لا ولاية للولي معه فيها، كما ليس له ذلك مع الأب الذي أنزله منزلـة نفسه، فينقضه على كل حال، أو ذلك حماية للأوصياء لئـلا يقتات [عليهم][5]، ويتفاقـم الأمر فيؤدي

---

(١) في ب: حكم.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: ثيبا.

(٤) زيادة من ب.

(٥) في أ: عليه.

ذلك إلى إسقاط ما بأيديهم، فيكون النظر في ذلك للسلطان، ولا خلاف في الأب أن له فسخ ما عقده غيره في ابنته البكر بغير وكالة منه، وكذلك السيد في أمته، وإنما الخلاف في الإجازة، إذا أجازه الأب أو السيد هل تلحقه الإجازة أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أن العقد وقع على نعت النساء، فلا يجاز بإجازته أصلا، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أن الإجازة تلحقه أن أجيز، وهو قول مالك في الأمة، على ما نقله أبو محمد عبد الوهاب إذا أجازه السيد، وعلى هذا تجوز في البكر أيضا، ولا فرق.

وعلى هذا أن الوصي إذا أجاز النكاح الذي عقده غيره من [غير][1] الأولياء أنه يجوز، وهو اختيار الشيخ أبي إسحاق التونسي؛ لأنه أخفض رتبة من الأب على كل حال.

وإذا كان الخلاف في إجازة الأب، فبأن يجوز في الوصي أولى وأحرى.

وسبب الخلاف: ولاية الجبر في النكاح، هل هي حق لله تعالى، ثم لا يجوز وإن أجازه الأب أو السيد أو هو حق لهما؛ فيجوز بإجازتها؟

وهذا كله إذا كُنَّ أبكاراً.

وأما إن كن ثَيِّبات، فهل للولي الدخول مع الوصي في عقد نكاحهن، فمن سبق منهما إلى العقد، كان أولى به، أو لا مدخل له في ذلك؟ **فالمذهب على قولين:**

(١) سقط من أ.

أحدهما: أن له الدخول في الولاية، فمن سبق منهما إلى العقد كان أولى به، وهو ظاهر «المدونة» لأنه أطلق فيها ولم يفصِّل.

والثاني: [أنه][1] لا مدخل له مع الوصي في الثيب، كما لا مدخل له معه في الأبكار، وهو قول أبي الوليد بن رشد، ففرق بين قوله: «فلان وصى، ولم يزد، وبين قوله: وصي على أبضاع بناتي»، [فإذا قال: على أبضاع بناتي][2] كان أولى على كل حال، وهذا الذي قاله [ظاهر في اللفظ بعيد في المعنى][3] وذلك أنه غاية ما فيه أنه أنزله منزلة نفسه [في الأبضاع][4] ، وقد وجدنا بعض الأولياء يجوز أن يتقدم على الأب في إنكاح ابنته الثيِّب، وهو قوله في «الكتاب»: في الأخ يزوج أخته الثيِّب برضاها، وثم أبوها.

قال مال: النكاح جائز ما للأب، وما لها على ما تأول على «الكتاب»: أن ذلك يجوز ابتداء، على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

فإذا جاز ذلك في الأب الذي يدلى به الوصي، وهو أصل فما ظنك بالوصي الذي هو فرع عنه، وذلك ظاهر.

والجواب عن الوجه الرابع: إذا قال: فلان وصى، ولم يزد، فهذا مما اختلف فيه **المذهب على قولين**:

أحدهما: أن الوصي أولى بالنظر في المال والأبضاع وسائر ما كان ينظر فيه الموصي في حياته، وله تزويج الأبكار بعد البلوغ بمؤامرتهن، ولا مدخل

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: بعيد في اللفظ ظاهر في المعنى.

(٤) سقط من أ، جـ.

للأولياء معه في أمرهن، وهو قول مالك وابن القاسم في «المدونة» وغيرها.

والثاني: ألا تزويج للوصي مع الأولياء إلا أن يكون وليا، وهو قول عبد الملك في «مختصر ما ليس في المختصر»، وهو قول محمد بن عبد الحكم أيضا.

وأما الثيِّب منهنَّ، فلا تخلو من أن تكون سفيهة أو رشيدة:

فإن كانت سفيهة، فهل هي كالبكر في استقلال الوصي بإنكاحها أم لا؟ **فالمذهب** [ق/ ٣هـ] **على قولين:**

أحدهما: أن الرشيدة والسفيهة في ذلك سواء، وأن من سبق إلى العقد مِنْ ولي أو وصي: كان جائزًا، وهو ظاهر «المدونة»، وكونها سفيهة لا يخرجها عن أحكام الثيب، وإنما يؤثر السفه في المال لا في الأبضاع.

والثاني: أنها كالبكر، ولا كلام للولي فيها مع الوصي، إلا أن رضاها [بالنطق][1] دون الصمت، وهو تأويل بعض المتأخرين على «المدونة»، ووقع لأصبغ نصًا في «كتاب فضل بن سلمة»، و«كتاب ابن مزين».

وسبب الخلاف: هل التخصيص بالنظر في المال يقتضي التخصيص بالنظر [في][2] البضع أم لا؟

وأما الثيب الرشيدة: فهل يقع الاشتراك في جواز العقد عليها بين الوصي وسائر الأولياء أو بعضهم أولى؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدهما: أن الوصي أولى ولا مدخل للأولياء معه، كما لا مدخل لهم مع الأب في عقد نكاحها [ق/ ٥ع] وهو قول ابن حبيب، وذكر أنه قول

---

(١) في أ: بالقول.

(٢) في أ: إلى.

مالك وأصحابه المدنيين والمصريين.

والثاني: أن الوصي لا ولاية له مع الأولياء في الثيب الرشيدة وهو قول سحنون [رضي الله عنه][١].

والثالث: أن الوصي في الثيب ولي من الأولياء، إن زوجها الوصي والأولياء ينكرون جاز [وإن زوجها الأولياء والوصي ينكر جاز][٢] وهو مذهب «المدونَّة».

وسبب الخلاف: هل الوصي كالأب أم لا؟

فمن رأى أنَّ الوصي كالأب، قال: لا مدخل للأولياء معه إلا كمدخل الأبعد مع الأقرب، إذا سبقه بالعقد، فإنه يأتي إن شاء الله، وإليه أشار ابن حبيب أو أنه من جملتهم.

فمن سبق كان فعله جائزًا على غيره، وهو ظاهر «الكتاب»، وهو تأويل فضل بن سلمة: أنه أقامه مقام الأب، وكذلك قال أشهب.

وقول من قال: لا ولاية له مع الأولياء في الثيب الرشيدة، لا أعلم له وجها [ق/ ٧٢ب]، وهذا في الإناث.

وأما الذكور: فلا يخلوا من أن يكونوا كبارًا أو صغارًا:

فإن كانوا كبارًا، فلا يخلوا من أن يكونوا كبارًا يلون أنفسهم أو كبارًا محجورًا عليهم.

فإن كانوا كبارًا يلون أنفسهم، فلا خلاف أنه لا حكم للوصي عليهم، لا في النفس ولا في المال.

---

(١) زيادة من ب.

(٢) سقط من أ.

وإن كانوا كباراً محجوراً عليهم، هل يجوز للموصي أن يجبرهم على النكاح أم لا؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أن للوصي أن يجبرهم على النكاح، إذا كان ذلك نظراً، وهو قول المخزومي، وهو ظاهر [المدونة][1] من غير ما [ق/ ١١٧جـ] موضع، منها قوله: ولا يجبر أحدٌ أحداً على النكاح إلا الأب، إلى أن قال: والولي في يتيمه.

والولي ها هنا هو الوصي، إذا لا يجبر الصغير على النكاح إلا الوصي على مشهور المذهب، وإن كان [قد][2] وقع في كتاب يحيى بن إسحاق لابن كنانة في أخ زوج أخا له صغيراً يليه، وليس بوصي عليه أن النكاح يمضي ويلزم الصغير.

وروى عن مالك فسخه إلا أن يطول بعد الدخول وظاهر الكتاب: ألا فرق بين الصغير والكبير، لأن الاسم يجمعهما.

واسم اليتيم: له عُرفان، لُغوي وشرعي:

فهو في اللغة: عبارة عن الانفراد [عن][3] أبيه، وقد ينطلق على المنفرد [عن][4] أمِّه، والأول أظهر لغة، وعليه وردت الأخبار، لأن الذي فقد أباه عَدِم النُصرة، والذي فقد أمه عَدِم الحضانة، وقد تنصر الأم ولكن الأب أكثر نصرة، وقد يحضن الأب ولكن الأم [أرفق][5] حضانة منه.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: من.

(٤) في أ: من.

(٥) في أ: أكثر.

وهو في الشرع: عبارة عن عدم الرشد، وذلك يعتبر بعد البلوغ، لقوله ﷺ: «**اليتيمة تستأمر في نفسها، ولا إذن إلا للبالغة**»(١)، ولقول ابن عباس رضي الله عنه في جوابه لنجدة الحروري حين سأله عن خمس خصال، منها: يتم اليتيم متى ينقضي؟ فكتب إليه ابن عباس رضي الله عنهما: ولعمري لتنبت لحية الرجل، وإنه لضعيف العقل حتى يأخذ لنفسه من مصالح ما يأخذ المسلمون»(٢).

وعلى هذا لا فرق بين الصغير والكبير، ويؤخذ من «المدونة» من قوله: في الذي زوج ابنه الذي قد بلغ، فقال: لا يلزمه النكاح، ثم قال في آخر المسألة: إذا كان الابن قد ملك [نفسه و](٣) أمره، ومفهومه: أنه إذا لم يملك أمره أن للأب أو الوصي أن يجبره على النكاح، [والقول الثاني أن الوصي لا يجبره على النكاح](٣) وهو ظاهر قول مالك في «كتاب إرخاء الستور»: إذا زوّج الوصي يتيمه البالغ بأمره، وهو نص ما في [المدوَّنة](٤) وهو المشهور: ألا يجبره؛ لأن النكاح [ملاذ](٥) وشهوات، فليس ذلك مما يجبره عليه الوصي.

وإن كانوا صغاراً، هل يجبرون على النكاح أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنهم يجبرون عليه، إذا كان في ذلك نظر وسداد وسرور

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١٠٠)، والنسائي (٣٢٦١)، وأحمد (٢٣٦٥)، من حديث ابن عباس، وصححه الشيخ الألباني ـ رحمه الله تعالى.

(٢) أخرجه مسلم (١٨١٢).

(٣) سقط من أ، جـ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ب، ع: الموازية.

وغبطة، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنهم لا يجبرون، ولا نظر له في تزويجهم أصلا، وهو قول مالك في كتاب محمد، وهذا اختلاف حال، والله أعلم.

وذلك أن من جوَّز الإجبار إنما جوزه بشرط الغبطة والسرور. كتزويجه إياه ذات الشرف والمال. ومن منعه إنما منعه لعدم النظر، فإذا ثبت هذا النظر المصلحي ووجد الغرض الكلي كان النكاح جائزاً والجبر صحيح باتفاق من الجميع، والله أعلم.

والجواب عن الوجه الخامس: إذا قال: [فلان][1] وهي على بيع مالي، أو قال: على بيع تركتي واقتضاء ديوني، فإنَّ تصرُّفه ماضٍ فيما تضمنه إطلاق الوصية من التصرف [ق/ ١٣٧أ] في المال، واختلف هل تضمنت وصيته جواز التصرف في تزويج البنات والبنين الصغار والكبار الضعفاء العقول أم لا؟

على قولين:

أحدهما: أنها لا تتضمن شيئا من ذلك، وهو قول مالك في كتاب الوصايا من «المدونة».

والثاني: أن الوصية تتضمن التصرف في المال والأبضاع، إلا أن ينص الميت على أنه ليس بوصي على الأولاد، وهو قول ابن القاسم في «كتاب ابن الموّاز»، وبه قال أشهب في «مدونته».

وعلى القول بأنها لا تتضمن النكاح إن زوّج الوصي على المال البنات، قال مالك: نكاحه جائز، ولو رُفع إلى الإمام، كان أحب إلي، وهذا منه

---

(١) سقط من أ.

جنوح إلى قول أشهب الذي يقول: أن النكاح داخل في الوصية.

وأمـا ولاية الإذن: فهي لمن عـدا من [ذكرنا][١] من سائـر الأولياء، على اختلاف أنواعهم وترتيب منازلهـم، على ما سنبينه [فصلا فصلا][٢] إن شاء الله تعالى [والحمد لله وحده][٣].

(١) في أ: ذكر.

(٢) زيادة من ب.

(٣) زيادة من ب.

المسألة الرابعة
في تزويج [الأب] (١) [ابنته] (٢) البكر
بأقل من صداق مثلها

وقد قدمنا فيما سلف من هذا الباب: أن الأب هو الناظر لابنته الصغيرة، وأن نظره مقدم بالطبع الجلي على [نظر](٣) غيره من شفقته وحنانه عليها، وإرشاده لها بحال الارتفاق، واختياره لها من الأزواج مكان الوفاق، فلذلك ملك الجبر عليها، على حسب ما فُهم من الجبر، وهو مع ذلك مأمور بأن لا يُزَوِّجها إلا ممن يساويها في الحال والجمال، ويكون كفؤا لها في كل حال.

وقد كره عمر ﷺ أن يزوج الرجل وليته للرجل القبيح، وقال: يعمد أحدكم، فيزوجهن الشيخ والذميم، إنهن يحببن لأنفسهن ما تحبون لأنفسكم، يريد: ألا يكون ذلك برضاها، ولا يزوجها ممن هو موسوم [بالشقاق](٤) كثير الأيمان بالطلاق، لأن ذلك من علامات الفساق.

واختلف المذهب، هل يجوز أن يزوجها بأقل من صداق مثلها إذا صادف من هو لها كفؤ في الحال والجمال [أم لا](٥)؟ **على قولين من**

---

(١) سقط من أ، ب.
(٢) في أ: الابنة.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: بالنفاق، وفي جـ: بالفسق.
(٥) سقط من أ.

«المدونة»:

أحدهما: أن ذلك جائز إذا كان على وجه النظر، وهو نص قول مالك في «كتاب النكاح الأول».

والثاني: أن ذلك جائز، وإن لم يكن نظرًا، وهو قوله أيضًا في «كتاب النكاح الثاني» في [باب][١] «نكاح التفويض».

وسبب الخلاف: فعل الأب هل يحمل على السداد ولا يتعقبه نظر إلا أن يتبين الفساد أو يتعقبه النظر وإن لم يتبين الفساد؟، فإن كان مصلحة مضي وإلا رد.

وهذا الخلاف مبني على اختلاف الروايات، في مسألة المطلقة التي أتت إلى مالك، فقالت له: إن لي ابنة موسرة مرغوبٌ فيها، وقد أصدقت صداقًا كثيرًا، فأراد أبوها أن يزوجها ابن أخ له معدما لا شيء له، أفترى لي [أن][٢] أتكلم في ذلك؟، وفي بعض روايات « الكتاب»[٣]، قال: نعم إني أرى لك في ذلك متكلما، وفي بعضها: إني لا أرى لك في ذلك متكلما، مع إثبات «نعم»، وفي بعضها إسقاط «نعم»، فأثبت لها الكلام في رواية وأسقطه في رواية فصار الخلاف فيها في موضعين في إثبات نعم وفي نفيه، والموضع الثاني في إثبات «الألف» وإسقاطه، فاختلف [المتأخرون][٤] في الرواية التي [قال][٥] فيها: نعم إني لأرى لك في ذلك متكلما.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) المدونة (٢ / ١٠٠).

(٤) في ع: المتأولون.

(٥) سقط من أ.

فأكثرهم يقول: [إن][(١)] هذا كلام متناقض؛ لأنه أثبت ونفى، فقوله: نعم إثبات، إذ لو اقتصر عليه لاستقل الكلام بعده، و[هو][(٢)] قوله: «إني لأى» بالنفي، و[بمد][(٣)] لا نفى، وذلك لا يستقيم.

وقال بعضهم: الرواية غير صحيحة في نفسها، [فاسدة][(٤)] في وضعها، فكيف يتكلم عليها، [وهذا كله][(٥)] عندي غير صحيح؟ أما الرواية: فهي ثابتة مروية عن المشايخ.

وأما الاضطراب: في إثبات «نعم» وإثبات «لا» على النفي، فلا شك أن ظاهر [هذا][(٦)] [ق/ ٦ ع] الكلام يشعر به إلا أنا إذا وجدنا للكلام تأويلا يصح حمله عليه، ودليل الاستعمال: يشهد له، فكيف يسوغ [لنا حمله][(٧)] على تناقض واضطراب؟، وذلك أن قوله : «نعم» الواقع بعد [السؤال][(٨)]، يصلح أن يكون جوابا [له][(٩)]، [وذلك][(١٠)] لو اقتصر عليه واجتزأ به، فلما عقبه بالنفي دل، والحالة هذه: أنه لم يرد به جوابا، وإنما قصد به ابتداء الكلام، كما تقول: «نعم مالك كذا ما يصلح لك كذا»، وذلك جائز في عرف الاستعمال وأما الرواية بإثبات «نعم» وإسقاط

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ب: ولا مستقيمة.
(٥) في أ، جـ: وهو.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ: له حكمه.
(٨) في أ: سؤال.
(٩) سقط من أ.
(١٠) سقط من أ.

«الألف»، فلا إشكال فيها، لأنه أوجب لها الكلام، وإسقاط «نعم» وإثبات «الألف» لم يثبت لها الكلام.

وفي كثير من النسخ: «إني أرى لك في ذلك متكلما، وهذه رواية صحيحة، وبها يرتفع الإشكال، وعليها اختصر أكثر المختصرين.

وفائدة اختلاف الروايات، يرجع إلى ما قدمناه في فعل الأب، هل يتعقبه النظر أم لا؟

واختلف تأويل المتأخرين في قول ابن القاسم في المسألة، حيث قال: وأنا أراه ماضيا، إلا أن يأتي من ذلك ضرر، فيمنع، هل هو وفاق أم خلاف؟

فمنهم من يقول إنه خلاف قوله، وأن الضرر الذي أراد ابن القاسم ضرر البدن، كالجنون والجذام والبرص، وهو مذهب سحنون، وبه قال ابن حبيب، وهذا الخلاف إنما يكون على رواية الإيجاب.

وأما [ق/ ٤ هـ] على رواية النفي فهو وفاق واتفاق، [ومنهم من يقول إنه وفاق والقائلون بالوفاق][1] اختلفوا في التعليل.

فبعضهم يقول: أن ابن القاسم لم يتكلم على الفقر الفادح المضر بها، وإنما تكلم على فقر ابن الأخ بالإضافة إلى مالها، [فهو فقير بالإضافة لسعة مالها]، كما أن صاحب المائة فقير بالنسبة إلى صاحب الألف.

وبعضهم يقول: أن الضرر المعتبر عند ابن القاسم: الفقر الذي لا دين معه، فإذا كان [الفقير] الذي لا دين له، ولا عنده وازعٌ من تقوى الله يوزعه من أكل مالها، فهذا الذي يكون للأم فيه متكلم.

---

(١) سقط من أ.

وأما الفقير الصابر الديِّن الذي عنده من تقوى الله ما يصده عن أكل مالها ومد يده فيه بالعدوان ففعل الأب في ذلك ماض، ولا يعترض عليه فيه، وقال ابن محرز وغيره: وهذا إحالة للمسألة، إذ لا معنى لذكر الفقر، و[إنما][(١)] المانع الخوف منه وعدم الأمانة، وكلام سحنون يدل على خلاف هذا.

وسبب الخلاف: الكفاءة المعتبرة، هل هي الكفاءة في الدِّين أو الكفاءة في المال والنسب؟

فمن رأى أن الكفاءة المعتبرة، «المال والنسب»، قال: الفقر عيب، وهو قول مالك في هذه المسألة، على أحد الروايات، وهو مذهب الموثقين كأبي حفص العطار وغيره، وهو ظاهر قوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: «**أما معاوية فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، انكحي أسامة ابن زيد**»[(٢)]، فبين ﷺ: عيب كل واحد، وجعل الفقر عيبًا، ومعلوم أن معاوية لا تخشى فاطمة من جهته، وإن كان فقيرًا، فثبت أن العلة: كونه فقيرًا لا غير.

ومن رأى أن الكفاءة المعتبرة: الدين لا المال، قال: لا كلام للأم إذا كان فقيرًا صالحًا صابرًا، تؤمن ناحيته، كما تأول على ابن القاسم في هذه المسألة، وهو نص مالك في هذا «الكتاب»، في «نكاح الموالي في العرب»، وهو قوله: وإذا رضيت ثيب بكفؤ في دينها، وهو دونها في الشرف والمال، أو رضيت بمولى ورده أب أو ولي زوجها إياه الإمام؛ لأن نكاح الموالي في العرب لا بأس به.

---

(١) في أ، ب: لا.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٨٠).

قيل: فإن رضيت بعبد، قال [مالك] [(١)] : المسلمون بعضهم لبعض أكفاء، فقيل له: إن بعض هؤلاء القوم [قد][(٢)] فرقوا بين عربية ومولى، فاستعظم ذلك إعظامًا شديدًا، وقال: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[(٣)]، قال غيره: ليس الولي بعاضل في منعه ذات القدر نكاح العبد ومثله؛ لأن الناس [مناكح][(٤)] قد عرفت لهم وعرفوا بها.

وقول الغير هذا مثل قول مالك في السؤال أن الكفاءة في المال والنسب، فيتحصَّل لمالك في الكفاءة قولان في «الكتاب».

وقد اعترض أبو الحسن اللخمي على ما استدل به مالك في الآية، وما كان من نكاح بلال وصهيب وأسامة وغيرهم من الموالي في العرب، فقال: إن الآية لا مدخل لها ها هنا، لأن تضمنها الحال عند الله تعالى [ق/ ١١٨جـ]، وعلى ما يكون عليه في الآخرة، ومنازل [الدنيا][(٥)]، وما يلحق منه معرة غير ذلك، وقد ثبت عنه ﷺ أنه خير بريرة في زوجها حين عتقت، ولم يختلف المذهب أن ذلك لنقصه [عنها][(٦)]، وأنه ليس بكفؤ لها [وأنها][(٧)] لا خيار لها إذا كان حرًا.

فبان بهذا أن العبد ليس بكفؤ للحرة، عربية [كانت] [(٨)] أو بربرية، حديثة العهد بعتق، وهي في عدد [الدنيات][(٩)].

---

(١) سقط من أ، جـ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سورة الحجرات الآية (١٣).
(٤) في أ: منافع.
(٥) في أ: الدين.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ : أنه .
(٨) سقط من أ.
(٩) في أ: الدناة.

و[لأنه][1] لا خلاف في العبد يتزوج الحرة، وهي لا تعلم أن ذلك عيب يوجب لها الرد، وإن كانت دنية.

وأما ما ذكر من نكاح أسامة وغيره، فقد كان ذلك في أول الإسلام، وقد رفضوا ما كان من الافتخار في الجاهلية، لقوله ﷺ: «**إن الله أذهب عنكم [بالإسلام][2] عبية الجاهلية وفخرها [بالآباء][3] وعبيتها تحولها**»[4]، إلى آخر ما قال.

وما اعترض به غير لازم، وذلك أن [الله تعالى قال][5]: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾، فإذا كان التقي [هو][6] المكرم عند الله في الآخرة، فبأن يكرم في الدنيا أولى؛ لأن إكرامه في الدنيا تعظيم لأمر الله تعالى، وإكراما لمن أكرمه، ومن إكرام التقي في الدنيا إسعافه بمطلوبه، وقضاء مآربه على أحسن مرغوبه، ويدل على ما ذكرناه قوله ﷺ: « **إذا جاءكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه**»، قالوا: وإن كان عبدًا يا رسول الله؟ قال: «**نعم، وإن كان عبدًا، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير**»[7].

فقوله: «**إذا جاءكم**» يستغرق عموم الأزمان من غير تخصيص، ومن أين للمعترض أن ذلك كان في أول الإسلام، وما ذكر أيضا من خيار بريرة

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: قوله.
(٥) سقط من أ.
(٦) أخرجه البخاري (٣٢٧٠)، (٣٩٥٥)، وأحمد (٨٧٢١)، وصححه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى.
(٧) أخرجه الترمذي (١٠٨٤)، وابن ماجه (١٩٦٧)، وحسنه الشيخ الألباني رحمه الله تعالى.

حين عتقت تحت عبد، فلا حجة فيه لاتفاق المذهب أنَّ الأمة إذا عتقت تحت عبد ، فاختارت المقام معه أن النكاح جائز، ولا كلام [فيه][١].

فإذا جاز النكاح إذا رضيت [به][٢] بعد عتقها وبعد عقد النكاح، فبأن يجوز النكاح إذا رضيت به، وهي حرة عربية في حين [العقد][٣] أولى، إذ ليس هناك إلا إسقاط حقها لمن بقي في قيد الرق خاصة، وقد اتفقنا على أنه لو خطبها رجل مصل من صميم العرب، وهي أمة حبشية مشقوقة القدمين قسطا كبيرة الشفتين، أو هي مولاة أنها لا تجبر على نكاحه، فدل ذلك على أن الاعتبار بالرضا [خاصة][٤]، فثبت أن الاعتراض ساقط في نفسه، باطل في أصله. والحمد لله وحده.

(١) سقط من أ، جـ.
(٢) سقط من أ، جـ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

المسألة الخامسة
في العقد إذا تقدم على الرضا، وكيف إذا تراخى عنه أمداً بعيداً؟

وقد تنازع علماؤنا في هذه المسألة تنازعًا كثيرًا، وتجاذبوا فيها [طرف](١) التأويل.

وسبب اختلافهم: اختلاف الأسئلة واضطراب [الأجوبة](٢) الواقعة في الكتاب، فهو الذي أثار بينهم عجاج اللجاج، وأوجب خوضهم في كل مسلك ومنهاج، وذلك [أنه](٣) قال: في الذي زوج وليته أو ابنه [ق/ ١٣٨أ] الكبير البكر، وهما غائبان [عنه](٤) فبلغهما ذلك، فرضيا: لا يقام على هذا النكاح.

وقال في الذي زوج أخته ولم يستشرها فبلغها [ذلك](٥) فرضيت: بلغني أن مالكا مرة كان يقول: إن كانت في غير البلد أو فيه فتأخر إعلامها لم يجز، وإن قرب جاز.

و [**قال**](٦) **في** المسألة التي نزلت [في المدينة](٧) في رجل زوج أخته، فقالت حين بلغها ذلك: ما وكلت ولا أرضا، ثم كلمت فرضيت،

---

(١) سقط من ب.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: أنهم.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ، ع : بالمدينة.

فقال: لا يجوز هذا النكاح، ولا يقام عليه حتى يأتنفا نكاحًا جديدا إن أحبا.

فإذا نظرت إلى هذه [ق/ ٧ع] [الأجوبة][١] تجد منها ما يتشابه ويتشاكل وتجد منها ما يتباين ولا يتماثل، كسؤال الأخت التي قالت فيه: «ما وكلت ولا أرضا»، لأن هذه ردَّت الأمر وأبطلته ولا سيما ما وقع في سماع ابن القاسم: «ما وكلت ولا رضيت»، معناه: إذا بلغني.

والسؤالان فيهما الرضا بما فعل الولي إلا أن سؤال الأخت يعارضه سؤال العبد إذا تزوج بغير إذن سيده، فأبا السيد أن يجيزه ثم كُلِّم في ذلك فأجازه، قال في «الكتاب»: فإن أراد بقوله: الأول فسخًا تم الفسخ، وإن لم يرد الفسخ تم النكاح، وقد يحتمل أن يكون ذلك اختلاف سؤال، وقد يحتمل أن يكون اختلاف أحوال، ويحتمل أن يكون اختلاف أقوال.

فبيان [الاحتمال في][٢] اختلاف السؤال: وذلك أن نكاح الأخت على الرد حتى تجيزه، ونكاح العبد على الجواز حتى [يرده][٣] السيد، والدليل على ذلك أن السيد لو لم يعلم بنكاحه حتى [أعتق][٤] العبد أن النكاح جائز، وهذا على مذهب «الكتاب».

وبيان اختلاف الأحوال: أن السيد ينوي لما يعلم من عادة السادات أنهم يقولون مثل ذلك تأديبًا للعبيد لئلا يسارعوا إلى [جناية][٥] النكاح [التي

(١) في أ: الأسئلة.
(٢) سقط من أ، جـ.
(٣) في أ: يرد.
(٤) في أ، جـ: عتق.
(٥) سقط من ب.

يستضر بـها السادات][1] ردعًا وزجرًا، ولا يقصدون بذلـك فسخ النكاح، فإذا ادعى السيد في ذلك نية فالقول قوله؛ لأن العرف يشهد به.

بيـان اختلاف الأقـوال: وذلك أنه عقد تـقدم على الرضـا في كلا المسألتـين، فأنكر ثم أجيـز، فقال بالجواز في أحـد الموضعين ولم يقـله في الآخر.

والأصح والله أعلم: أنه اختلاف [أسئلة][2].

وأما [بقية][3] الأسئلة: فإنها كلها أسئلة متشابهة متشاكلة.

اختلف المتأخرون في تأويل هذه المسألة بين ملفق ومفرق:

أما الشيخ أبو عمران الفاسي: فد سلك فيها التلفيق.

وأمـا المسألة التي فرق فيها بين القرب والبـعد فتفسير التي قال فيها لا يقام على هـذا النكاح، وأنها تمضي عـليها ، ومسألة الابن الـغائب : يريد بعيد الـغيبة ومسألـة التي قالت: « لا أرضى»: [بـأنها][4] ردت الأمـر وأبطلته.

وأن معنـى قوله: كان مالك مـرة يقول . أي لم يتكـلم بهذا التفـسير [والبيان][5] إلا مرة واحدة، وفي غير ذلك أجمل الجواب، فترجع الأسئلة كلها عنده إلى معنى واحد.

وذهـب غيره إلـى أن ذلك اختلاف قـول، وأن ما في « الكـتاب»

---

(١) في ب: المضر بالسادات.

(٢) في ب: سؤال.

(٣) في أ، جـ: كيفية.

(٤) في ب: لأنها.

(٥) في أ، جـ: باللسان.

[يتخرج](١) على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن النكاح لا يجوز، وإن أجيز، ولا فرق بين القُرب والبُعد، وهو ظاهر قوله في الذي زوج ابنته الثيب وابنه الكبير المنقطع عنه، وهما غائبان، فبلغهما فرضيا، فقال: لا يجوز هذا النكاح ولا يقام عليه لأنهما لو ماتا لم يتوارثا. وظاهر الكلام: أنهما [كانا](٢) غائبين عن المجلس.

والثاني: أن النكاح جائز إن [أجيز](٣) قربت [الغيبة](٤) أو بعدت، وهو ظاهر قوله في «الكتاب» أيضا، حيث قال: كان مالك مرة يقول. وذكر [تفريقه](٥) بين القُرب والبُعد.

ومرة أخرى أبين؛ لأن قوله مرة يشعر بأنه قال مرة أخرى غير ذلك، ويشعر به قوله آخر المسألة: وإن بعدت الغيبة [ق/ ٧٣ب] أو تأخر إعلامها لم يجز، وإن رضيت، وهذا قول مالك الذي عليه [أكثر](٦) أصحابه، وهذه الرواية أصح من التي قال فيها: «عليه أصحابه»، وقوله الذي عليه أصحابه أكثر، ويدل على أن هناك قولة أخرى عليها أقل أصحابه، وهو قول منصوص عليه لأصبغ وغيره في «كتاب محمد» وغيره.

والثالث: التفصيل بين القُرب والبُعد، وهو نص قوله مرة في «الكتاب».

---

(١) في أ: يترجح.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: أجيزت.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: تفرقته.
(٦) سقط من أ.

وهذه الأقوال الثلاثة: كلها قائمة من «المدونة» منصوصة في المذهب في «كتاب محمد».

وحد القُرب: [عند][1] سحنون، مثل ما بين مصر والقلزم، وهو مسيرة ثلاثة أيام.

وقيل: حد القُرب: ما بين المسجد والدار.

وحد البُعد عنده: ما بين مصر والأسكندرية، وذلك أربعة أيام أو خمسة.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الخيار الحكمي، هل هو كالخيار الشرطي أم لا؟

فمن جعل الخيار الحكمي كالخيار الشرطي [قال]: لا يجوز النكاح قُرب أو بُعد، وهو مذهب البغداديين من أصحابنا، لأن العقد المتقدم على الرضا والإذن [ق/ ٥هـ]، ويرجع فيه الأمر إلى اختيار المرأة [بين][2] الإجازة والرد.

ومن جعل الخيار الحُكمى ليس كالشرطي ، قال : يجوز النكاح قرب أو بعد، وذلك أن ما يوجبه الحكم خلاف ما يوجبه الشرط.

والتفرقة بين القرب والبعد استحسان لاستحقاق الشيء اليسير في [الوصول][3]؛ لأن القرب لا يبيح ما كان محظورًا كما أن البُعد لا يحرم ما كان مباحًا.

وإلى هذا المعنى أشار القاضي أبو الفرج المالكي في «الحاوي» أن

---

(١) في أ: عن.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: الشريعة.

التفصيل بين القرب والبعد لا يصح، لأنه لم يلزم [منه][1] تجديد كل عقد ممنوع، قال: وإنما معنى ذلك [عندي][2] في تجويزه في القرب أنها علمت [فعل وليها][3] ولم تنكره ثم رضيت، وأما لو لم تعلم حتى أُعلمت، كانت كمسألة الأخت ، وهذا الذي قاله القاضي يشبه [أن يعد][4] قولا رابعًا في المسألة.

ووجهه أنها إذا علمت بفعل وليها، فلم تنكره حتى كلمت فرضيت، فكأنَّها لم تزل راضية في حين العقد، وصار النكاح معقودًا على رضاها، وإن كان يمكن ألا ترضى حين علمت، ثم رضيت إذ سألت، فيكون هذا النكاح لم يخرج عن الخيار من كل وجه.

فعلى القول: بأن النكاح لا يجوز ويفسخ، هل قبل أو بعد أم لا؟ **قولان قائمان من «المدونة»**:

أحدهما: أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، وهو قول ابن القاسم؛ لأن جُلّ الناس على إجازته.

والثاني: أنه يفسخ قبل [البناء][5] [وبعده][6]، وهو قول أصبغ.

وفي المسألة قول ثالث: يؤمران بالفسخ والترك من غير حكم حاكم، لاختلاف العلماء [فيه][7] وعلى القول بالفسخ، هل هو بطلاق أو بغير

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: ويعود.

(٥) سقط من أ.

(٦) في أ: وبعد.

(٧) سقط من أ.

طلاق؟ **قولان** قائمان من «المدونة»، وقد قدمنا [بيان][(١)] موضعهما.

وعلى القول بأن النكاح لا يجوز ويفسخ، هل يقع [فيه][(٢)] التحريم أم لا؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أنه يقع [فيه][(٣)] التحريم بين الآباء والأبناء، وهو نص قول ابن القاسم لقوله: كل نكاح اختلف الناس فيه فالحرمة تقع فيه كحرمة النكاح الصحيح الحلال.

والثاني: أنه لا تقع به الحرمة جملة.

والثالث: التفصيل بين أن يفسخ قبل الإجازة أو بعدها:

فإن فسخ قبل الإجازة فلا يقع به التحريم بين الآباء والأبناء.

وإن فسخ بعد الإجازة، فيقع به التحريم، وهكذا نقله اللخمي.

والأقوال كلها متأولة على «المدونة».

وسبب الخلاف: اختلافهم في العقد الفاسد، هل يفيد شبهة العقد الصحيح أم لا؟

فمن رأى أنه يفيد شبهة العقد الصحيح، قال: يقع به التحريم.

ومن رأى أنه لا يفيدها، قال: لا يقع به التحريم، وسنزيد لهذا الفصل بيانا في «كتاب النكاح الثالث» إن شاء الله [والحمد لله وحده][(٤)].

---

(١) سقط من أ، جـ.

(٢) في أ، ع: به.

(٣) في أ، ع: به.

(٤) زيادة من ب، جـ، ع.

المسألة السادسة

في وضع الأب من صداق ابنته البكر قبل البناء

ولا يخلو ذلك الوضع من وجهين:

إما أن يكون بطلاق أو بغير طلاق:

فإن كان بطلاق، مثل أن [يطلق][(١)] الزوج قبل البناء، فعفى الأب عن النصف الذي وجب لابنته بالطلاق، وفذلك جائز باتفاق المذهب عندنا، لقوله تعالى: ﴿**إِلاَّ أَن يَعْفُونَ**﴾[(٢)] يريد: الثيب، ﴿**أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ**﴾، وهو الأب في ابنته البكر والسيد في أمته، على تأويل مالك الآية، إذ له الجبر.

وعلى مذهب المخالف أن الذي بيده عقدة النكاح: هو الزوج؛ لأنه [هو][(٣)] الذي [يملك][(٤)] حلها، والحكمة في ذلك الحث [على][(٥)] الإحسان ومكارم الأخلاق؛ لأن الزوج حين طلقها، [قبل أن][(٦)] يصل منها إلى مرغوبه، فمكارم الأخلاق تقتضي ألا تأخذ منه شيئا مما كان بدل لها مما فاته منها، بل تتركه كما تركها؛ لأنه إنما عوض ليستمتع، لقوله تعالى: ﴿**إِلاَّ أَن يَعْفُونَ**﴾[(٧)] ، وهن: الزوجات، إذ ذلك صيغة العموم [ق/

---

(١) في ب: يطلقها.

(٢) سورة البقرة الآية (٢٣٧).

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

(٦) في أ: ولم.

(٧) سورة البقرة الآية (٢٣٧).

٨ع] في جميعهن، والمراد [به][1] والله أعلم: المالكات لأمورهن، على تأويل مالك ـ رحمه الله ـ ثم قال: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾، وهو الأب [ق / ١١٩جـ] والسيد كما قدمناه.

وعلى مذهب المخالف الذي يقول أن الذي بيده [عقدة النكاح هو الزوج، فالحكمة فيه [أيضا][2] مطردة، وأن الأزواج ندبوا بذلك إذا طلقها وفوّتها ما رجت منه من حسن الصحبة وجميل العشرة واستدامة الاستمتاع، فكان من مكارم الأخلاق **أيضا** إذا طلقها: ألا يسترد منها ما أسقطه الشرع، مما كان يدل على معاشرتها التي [يدعها][3] من قبله، ويشهد لهذه الحكمة التي ذكرناها، قوله تعالى: ﴿وَأَن تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَلَا تَنسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾، وذلك يشعر بالندب إلى الوضع، والأمر بفعل الإحسان ممن ملك، وذلك يشمل تعليلنا وتأويل المخالف.

فإن كان الوضع بغير طلاق ، مثل أن يضع الأب من صداق ابنته البكر قبل البناء من غير أن يطلقها زوجها، هل تجوز وضيعة الأب وتلزم الابنة أم لا؟ **فالمذهب** على أربعة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنه لا يجوز للأب أن يضع منه شيئا، كان ذلك لنظر أو لغير نظر، وهو ظاهر قول مالك في « كتاب النكاح الأول»، لقوله: ولا يجوز لأحد أن يعفو عن [شيء من][4] صداق ابنته [البكر][5].

---

(١) في أ: بذلك.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: ترك.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من ب.

والثاني: أنه جائز كان لنظر أم لا، وهو قوله في « باب نكاح التفويض» [ق/ ١٣٩أ] حيث قال: يجوز للأب الرضا بأقل من صداق المثل بعد الدخول، ولم يذكر النظر قياسًا منه على أحد الأقوال في جواز إنكاحه إياها بأقل من صداق مثلها [من غير نظر وهو نص قوله في باب نكاح التفويض أنه لا يجوز للأب أن يزوجها بأقل من صداق مثلها][(١)] ، فظاهره: «وإن كان [لغير نظر][(٢)]».

والثالث: التفصيل بين أن يكون لنظر أو لا يكون لنظر:

فإن كان لنظر: جاز، مثل: أن تعسر بالمهر ويسأل التخفيف ويخشى أن يطلق.

وإن كان لغير ذلك: فلا يجوز، وهو قول ابن القاسم في «كتاب النكاح الأول».

ولا فرق في هذه الأقوال الثلاثة بين رضاها وعدمه.

والرابع: التفصيل بين أن ترضى فيجوز أو لا ترضى فلا يجوز، وهو قول ابن القاسم في «كتاب النكاح»، على اختلاف المتأخرين في تأويل قوله: في «كتاب النكاح الثاني»: إذا رضيت، هل هو عائد على ذات الأب؟ وهو تأويل بعض المتأخرين على «المدونة»، أو [هو][(٣)] عائد على ذات الوصي في البكر والثيب السفيهة، وهو تأويل [بعض المتأخرين][(٤)] أيضا، وهو نص قول ابن الجلاب في كتابه [التفريع][(٥)].

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ، جـ: لنظر.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ، جـ: بعضهم.
(٥) سقط من أ، جـ، ع.

فإن ثبت أن ذلك عائد على ذات الأب، صح في المسألة أربعة أقوال، ثم لا خلاف في وضيعة الوصيك: أنها لا تجوز بإذنها أو بغير إذنها.

[**فإن**][1] ثبت أن الكلام عائد على ذات الوصي، فيتحصل في ذات الأب ثلاثة أقوال، وفي الوصي: لا خلاف أن وضيعته قبل الإذن والرضا أنها لا تجوز، وبعد الإذن والرضا قولان: الجواز والمنع لمالك، و [هو][2] نص الجواز لابن القاسم.

وسبب الخلاف: الأب، هل يجوز له أن يزوج ابنته البكر بأقل من صداق مثلها لغير مصلحة ولا نظر، أو لا يجوز إلا لنظر؟

فمن قال يمنع النكاح: منع الوضيعة.

ومن قال بجواز النكاح، قال: بجواز الوضيعة أيضا، إذ لا فرق بين أن يترك من بعض ما استحقت أو يضع من بعض ما استحقت.

ووجه القول الثالث: اعتبار المصلحة في أفعال الأب وأن النظر يتعقب صنيعه.

ووجه القول الرابع: في اعتبار الرضا، تطييب النفس، وذلك منه استحسان جار على غير قياس [والحمد لله وحده][3].

---

(١) في أ، جـ: وإن.

(٢) سقط من ع.

(٣) زيادة من ب، جـ، ع.

المسألة السابعة
في اختلاف درجات الأولياء في القرب والبعد، وكيف إن زوج الأبعد مع وجود الأقرب؟

وقد قدّمنا أن الولاية مشروطة في النكاح عندنا، ولها شروط:

وهي أن يكون الولي مسلما، حرًا بالغًا، ذكرًا عاقلاً.

واختلف في الشرط السادس، وهو العدالة، هل هي مشروطة أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أن ولاية الفاسق في النكاح جائزة، وهو قول ابن القصار.

والثاني: أن ولايته وعقده لا يجوز، [ولا يعقد السفيه الفاسق النكاح][1] وهو قول أشهب في «العتبية».

فعلى القول بأن عقده لا يجوز، فإن وقع ونزل، فهل يفسخ أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه يفسخ ويرد قبل الدخول وبعده، وهو قول أبي مصعب، ولمالك في «كتاب ابن أشرس»: أنه لا يعقد ولا يستخلف من يزوجها، لأنه لا نكاح لسفيهه، وهذا يفسخ كما قال أبو مصعب.

والقول الثاني: أن ذلك مكروه مع وجود عدل، فإن عقد جاز، وهو قول القاضي أبي محمد عبد الوهاب.

وقولنا: مسلمًا، احترازًا من الكافر، ولا خلاف عندنا أن ولاية الكافر

---

(١) سقط من أ، جـ.

لا تجوز على مسلمة لمسلم [عند][١] نكاحها أو لكافر، وله أن يعقد نكاح ابنته النصرانية لمسلم [إن شاء][٢].

وقولنا: حرًا، احترازًا من ولاية العبد، ولا خلاف عندنا في منع ولايته، وعقده على الإناث الحرائر [والإماء][٣].

وقولنا: ذكرًا، احترازًا من الإناث، ولا خلاف عندنا في المذهب: أنه لا يجوز للمرأة أن تعقد النكاح [على امرأة][٤]، وإن كانت [هي][٥] وليتها، كأمتها أو مولاتها أو [وصية عليها][٦]: فإنها لا تباشر العقد بنفسها، ولكنّها تُوكِّل من يتولاه دونها.

واختلف في عقدها على الذكران، هل يجوز أم لا؟

على قولين:

أحدهما: لا يجوز عقدها عليهم، وهو ظاهر «المدونة» في قوله: ولا تعقد المرأة النكاح على أحد، وهو قول حكاه القاضي أبو محمد وغيره في المذهب.

والثاني: أنه يجوز أن تعقد النكاح على الذكران ممن تلي عليه بملك أو إيصاء أو وكالة، وهو قول منصوص عن مالك في «العتبية» و«الواضحة»، والعبد النصراني كالمرأة في ذلك.

فوجه القول الأول: أنها لا تعقد على أحد، بناء منه على أن العقد لا

---

(١) في أ: عقد.
(٢) زيادة من ب.
(٣) سقط من ب،ع.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(١) في أ، جـ : وصيتها.

يكمل ولا يتم إلا إذا انعقد من الطرفين، إذ لا يتم ولا يطلق عليه اسم العقد إلا كذلك.

ووجه القول الثاني: أن الولاية إنما اشترطت في الإناث دون الذكران؛ لأن ابتداء العقد إنما يكون على المرأة، فإذا عقد عليها كان القبول من جهة الزوج خاصة ولا فرق بين أن يتولاه الرجل أو تتولاه المرأة أو العبد، وهذا هو المعروف في المذهب على ما ذكره بعض حُذَّاق المتأخرين.

وقولنا أيضا : بالغًا احترازًا من غير البالغ، وغير البالغ لا يخلو من أن يكون مراهقًا أو غير مراهق.

فإن كان غير مراهق فلا خلاف [أن عقده][(١)] لا يجوز وهو كلا عقد وسواء عقد على نفسه أو على غيره.

وإن كان مراهقًا فلا يخلو من أن يكون أنبت أم لا؟

فإن أنبت الشعر فقولان:

أحدهما: أن عقده جائز كالمحتلم وعليه نص بعض المتأخرين.

والثاني: أن عقده لا يجوز، والقولان قائمان من «المدونة» [ق/ ٦هـ].

وسبب الخلاف: الإنبات هل هو علامة للبلوغ أم لا؟ وظاهر ما قال [مالك][(٢)] في «كتاب القطع في السرقة» أن الإنبات من علامات البلوغ.

وأما المراهق الذي لم ينبت الشعر فالذي تقتضيه «المدونة»، وظواهرها ونصوص المذهب أن المراهق لا يحكم عليه ولا له بحكم البالغ، ومن أعجب ما رأيت بعض متفقهة الزمان يلهثون في المجالس بحكاية الخلاف

---

(١) في أ: أنه.

(٢) سقط من أ.

في المراهق هل هو كالبالغ أم لا؟ وقد مارست المجالس وأفنيت [عمري في المدارس][(١)] وطالعت الأمهات [الكبار][(٢)] في الفقه والآثار «كالنوادر» «والاستذكار» [و«البيان][(٣)] والتحصيل» وكتاب «الاستيعاب للأقاويل» و«كتهذيب الطالب» وكتاب «أسنى المطالب»، وطالعت كثيراً من كتب الحديث [ق/ ٩ع] وشرحها وتفاسير القرآن ككتاب «قانون التأويل في شرح علوم التنزيل» مع بسطه وكثرة بحثه واستقصائه حتى أربى على جميع المصنفين في تلك الطريقة؛ لأن صاحبه جمع فيه بين تفسير الظواهر والبواطن فما سمعت ولا رأيت فيما رأيت من يقول أن المراهق له حكم البالغ.

والذي لم أطالعه من الأمهات ولا وقعت عيني عليه أكثر من الذي رأيته وطالعته، والذي نسيته من الذي طالعته أكثر [مما][(٤)] عقلته عليه، لأن الكلام على ما هو متداول بين أيدي الناس إلا شيئا ذكره مالك في «المختصر الكبير» لأبي بكر الوقار إذ قال: من ناهز الحلم فلانة طالق إن تزوجتها فتزوجها فرق بينهما ولم يذكر متى تزوجها هل بعد يمينه أو بعد أن بلغ ولم يذكر هل أنبت أم لا؟

أو لعله تزوجها بعد أن بلغ على القول بأن النظر في اليمين إلى يوم الحنث.

وهو [قول مالك][(٥)] في المبسوط في الصبي يحلف ثم يحنث [وهو

---

(١) في أ، ب: في المدارس عمري.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ب: من الذي.
(٥) سقط من أ.

بالغ][1] أنه يلزمه ما [حنث][2] فيه وهو نص مالك في المدونة[3] أن من زنا وقد ناهز الحلم وأنبت ولم يحتلم [ألا حد عليه][4]، ولو كان [في المسألة][5] نص منصوص عليه: « أن المراهق له حكم المحتلم»، لما قال اللخمي مع جلالة قدره، وغزارة علمه، وكثرة لجته ، وذكاء عقله [وحدة][6] فطنته: ولو قيل: « فيمن ناهز [الحلم][7] أن عقده ماض»، لم يبعد، ويحتمل أن يريد بالمناهز: الذي قد أنبت، كما نص عليه مالك في «المدونة».

فنسأل الله تعالى أن [يلهمنا رشدنا][8] وأن يرزقنا علم ما جهلنا والعمل بما علمنا.

فإذا حصلت هذه الشروط التي ذكرناها صحت الولاية لمن حصلت فيه.

وهي تنقسم ـ أعني الولاية ـ إلى: ولاية خاصة وإلى ولاية عامة.

فولاية الخاصة: ولاية القرابة، قال الله تعالى: ﴿ **وَأُوْلُوا الأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ** ﴾[9]، [وهي أيضا][10] على وجهين:

أحدهما: أن يتساووا في المرتبة.

(١) سقط من أ، ب.
(٢) في أ، ب: حلف.
(٣) المدونة (٤ / ٤٩١).
(٤) في أ، ب، جـ: أن عليه الحد.
(٥) سقط من أ، ب.
(٦) في باقي النسخ: ووفور.
(٧) سقط من أ.
(٨) في ب: يرشدنا.
(٩) سورة الأنفال الآية (٧٥).
(١٠) في ب: والأولياء.

[**والثاني**:أن تختلف مراتبهم، فإن تساووا في المرتبة][1] بنون أو أخوة أو بنوهم أو أعمام أو بنوهم.

فإذا اتفقوا وسلَّموا النظر إلى واحد منهم: جاز ذلك بغير خلاف.

وإن اختلفوا فقال في «المدونة»: ينظر السلطان في ذلك.

وقال عبد الملك بن حبيب: ذلك إلى أفضلهم، فإذا استووا في الفضل كان إلى أسنَّهم.

وإن استووا في الفضل والسن كان ذلك إلى جميعهم.

فأما لو فوضت إلى واحد لكان ذلك إليه دون أصحابه.

وإن اختلفت مراتبهم كالأب والابن، وكالأخ وابن الأخ، والعم وابن العم: فإنه يقدم الأولى فالأولى، لأن الولي مأخوذ من الولاء، وهو القرب، ومنه [قول][2] مجنون بن عامر[3]:

أحن إلى ليلى، وإن شط وليها كما حن في الكف اليراع المثقب

فإذا زوج الأبعد مع وجود الأقرب [من ولاية][4] الخاصة، هل [للأقرب][5] فيه كلام أم لا؟، وهل يجوز له الإقدام على العقد ابتداء مع حضور الأبعد أم لا؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أنه لا يجوز له الإقدام على العقد مع وجود الأقرب، وهو

---

(١) سقط من أ، ب.

(٢) سقط من أ.

(٣) هذا من شعر خارجة بن فليح المللي، أما مجنون بني عامر فقال:

أحن إلى ليلى وإن شطت النوى بليلى كما حن اليراع المثقب

(٤) في أ: بالولاية.

(٥) في أ: للأب.

نص قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه يجوز له الإقدام عليه ابتداء، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة» من مسألة: تزويج الأخ أخته الثيب مع وجود الأب، حيث قال [قال مالك][١]: ما للأب ومالها [وهي][٢] مالكة أمر نفسها، وهو قول ابن القاسم أيضا في ذي الرأي من أهلها: أنه يجوز تزويجه مع وجود الأخ وابن الأخ والجد، وهو نص قوله «[كتاب] النكاح الأول»، وهذا يكاد أن يكون نصًا في الباب، والدليل [عليه][٣] قول عمر ﷺ: لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها أو ذي الرأي من أهلها أو السلطان[٤]، و« أو » ها هنا على أصلها، وليست بمعنى «الواو».

واختلف في ذي الرأي من أهلها، على قولين:

أحدهما: أنه الرجل الذي له الصلاح والفضل.

والثاني: أنه الوجيه الذي له رأي، ومن يرجع إليه في الأمور.

قال اللخمي: وكلا القولين يحتمل أن يكون هو المراد.

واختلف: أيضا في معنى قوله : «من أهلها»، على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه الرجل من العُصبة، وهو قول ابن نافع عن مالك.

والثاني: أنه الرجل من العشيرة، وهو قول ابن القاسم عن مالك.

والقولان: منصوصان في «المدونة».

والثالث: أنه الرجل من البطن، وهو قول ابن الماجشون في

---

(١) سقط من أ، ب.

(٢) في أ، ب: فهي.

(٣) سقط من هـ، ع.

(٤) أخرجه الدارقطني (٣ / ٢٢٨)، والبيهقي في «الكبرى» (١٣٤١٨)، بسند ضعيف.

«[واضحة](١) ابن حبيب».

وفائدة اختلافهم: في ذي الرأي [ق/ ١٢٠جـ] من أهلها، من هو؟

أي أنه ليس من العصبة؛ لأن عصبة الرجل أقاربه من قبل الرجال، فإن ذوي الرأي [ق/ ١٤٠أ] آخر درجات أولياء الخاصة [العشيرة](٢).

فعلى قول ابن القاسم: آخر [درجات](٣) الأولياء الخاصة: العشيرة، وأنهم **على** قول عبد الملك: البطن، **وعلى** قول ابن نافع: العصبة.

فعلى قول ابن القاسم أنه من العشيرة، فالمولى الأسفل داخل في العشيرة، لقوله ﷺ: «**مولى القوم منهم**»، ولدخوله في جماعتهم وعقلهم وأوقافهم.

وعلى القول بأنه من العصبة أو البطن، فلا يدخل الأسفل.

و[القول](٤) الثالث: التفصيل بين الأخوة وغيرهم، فإنه يجوز للأخ للأب أن يزوِّج أخته ابتداء وثم أخوها لأبيها وأمها حاضر، إلا أن يكون الأب أوصى بها إلى الشقيق، فلا ينبغي لغيره من الأولياء أن ينكح [ق/ ٧٤ب]، وثم أولى منه حاضر إذا لم يكونوا إخوة، وهذا نص رواية علي ابن زياد عن مالك في «المدونة».

وإلى أن قوله خلاف ذهب فضل بن سلمة وسحنون وغيرهما من شيوخ المذهب، وحملوه على [أنه](٥) قولة على حيالها، وهو الصحيح.

---

(١) في أ، جـ: كتاب.

(٢) سقط من أ، جـ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: أنها.

فعلى القول: بأنه لا يجوز له الإقدام ابتداء على العقد، فإذا وقع ونزل هل يتعقبه النظر أم لا؟ **على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أن النكاح ماض لا يتعقبه النظر، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب».

والثاني: أنه يتعقبه، وهو قول الرواة في «الكتاب».

وسبب الخلاف: [اختلافهم](١) في تقديم الأقرب على الأبعد، هل هو من باب الأولى أو ذلك من باب [الولاية](٢)؟

فمن رأى أن ذلك من باب [الأولى] (٣) ، فلا يتعقبه النظر.

ومن رأى أن ذلك من باب [الولاية](٤)، قال: يتعقبه النظر.

فعلى القول [بأن النظر] (٥) يتعقب فعله وعقده، هل النظر إلى الولي [الأبعد](٦) أو النظر إلى السلطان؟ **قولان قائمان من «المدونة»**:

أحدهما: أن النظر في ذلك إلى السلطان، وهو قول أكثر الرواة في «المدونة».

والثاني: أن النظر في ذلك إلى الأقرب [بين](٧) الإجازة والرد، وهو قول [آخرين](٨) في الكتاب أيضا.

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ، جـ: الولاء.
(٣) في أ: أولى.
(٤) في أ، جـ: الولاء.
(٥) في أ: بالنظر.
(٦) في جـ، ع، هـ: الأقعد.
(٧) في أ: من.
(٨) في ب: آخر.

وسبب الخلاف: اختلافهم [في تعقب النظر هل هو لمعنى أو لغير معنى فإن قلنا أنه لمعنى كان النظر للسلطان وهو الذي كلفه الشرع الكشف][(١)] عن الأسرار وإزالة الأضرار.

وإن قلنا أنه لغير معنى، [ثم لا][(٢)] يتعقبه النظر على قول، ويتعقبه على قول، ولا تتعجب من فعل يتعقبه النظر [من غير][(٣)] معنى وتبادر بالإنكار، وتعتبر بالمألوف [المعهود][(٤)]؛ لأن الحكمة في نظر الولي مخافة أن [تضع][(٥)] وليته نفسها تحت من لا يكافئها، لما علم من ميلهنَّ إلى الرجال، وغلبة شبق [شهوة][(٦)] النكاح عليهن، فيكون ذلك من العار الذي إذا نزل لم يزل، فكانت الحكمة تقتضي نظر الولي إلى صنعها.

فإنك إذا أمعنت النظر في «الكتاب»، وتفطنت لما قاله مالك فيه نصا، [يتبين][(٧)] لك أن تعقب النظر قد يكون بغير معنى، وذلك أنه قال في «كتاب النكاح الأول» في المرأة ذات الشَّرف والدِّين يزوجها رجل من قريش ذو شرف ودين بغير إذن وليها، استخلفت على نفسها رجلاً يزوجها، فقال: النظر في ذلك إلى الولي، إن شاء أجازه، وإن شاء فسخه.

فانظر كيف جعل له النظر في فعلها، وإن لم تضع نفسها في دناءة، ولا فيما تلحقه منه معرَّة، ولا فخر أعظم من تزويجها قرشي، ومع ذلك

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: فلا.

(٣) في أ، ع: لغير.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ، جـ: تضيع.

(٦) سقط من أ.

(٧) في أ: فتبين.

جعل له النظر كما ترى. وربك أعلم [ق/ ١٠ع].

والجواب عن [الوجه](١) **الثاني**: في الولاية العامة، قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾(٢)، ولا خلاف عندنا أنها ولاية تطالب بها المرأة عند عدم ولاية النسب، فيصح النكاح لوجودها ويفسد لعدمها إذا باشرت العقد بنفسها ولم تستخلف رجلا.

واختلف إذا تزوجت المرأة بولاية الإسلام، مع وجود الولاية الخاصة، على ستة أقوال:

أحدها: [جوازه](٣) بعد الوقوع، وهي رواية حكاها أبو محمد عبد الوهاب في المذهب، [واستخرجه](٤) بعض المتأخرين، [من](٥) توقف مالك في «المدونة» عن فسخه، وهو جنوح منه إلى القول بجوازه بعد الوقوع.

والثاني: أنه جائز إن أجازه الولي، دخل بها أم لا؟ وهو قول ابن وهب.

والثالث: أنه يفسخ، وإن أجازه [الولي](٦)، وهو قول غيره في «المدونة».

والرابع: التفصيل بين الدخول وعدمه، فيفوت بالدخول، وهو تأويل إسماعيل القاضي على قول مالك في «المدونة».

---

(١) سقط من أ.

(٢) سورة التوبة الآية (٧١).

(٣) في ب: الجواز.

(٤) في ب: واستخرجها.

(٥) سقط من أ.

(٦) سقط من أ.

والخامس: أن للولي أن يجيزه أو يرده، ما لم يطل ذلك بعد الدخول، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب» أيضا.

والسادس: التفصيل بين الدَّنية والشَّريفة، وهو قول ابن القاسم أيضًا في «المدونة».

وفي المسألة قول سابع في الكتاب بالوقف، على القول بأ الوقف يعد قولا؛ لأن قول مالك ﷺ اضطرب في [التوقيف][1]: فتارة توقف عن فسخه، وذلك جنوح منه [إلى][2] ما حكاه القاضي عبد الوهاب في [المذهب][3] كما قدمناه.

وتارة توقف عن الإجازة إذا أجيز، وذلك منه جنوح إلى القول أنه يفسخ على كل حال.

وتفصيل ابن القاسم بين الطول وعدمه، ووجود البناء وعدمه استحسان جار على غير قياس.

فعلى القول بأن النظر يتعقبه، هل نظر السلطان أو نظر الولي؟ **قولان قائمان من «المدونة»** كما تقدم في ولاية الخاصة.

وسبب الخلاف: الولاية في النكاح، هل هي حق لله تعالى أو حق للولي؟

فمن رأى أنها حق لله تعالى، قال: [بفسخ][4] النكاح على كل حال.

---

(١) في ب: التوقف.

(٢) في أ: على.

(٣) في أ: المدونة.

(٤) في أ: صحح.

ومـن رأى أنها [ق/ ٧هـ] حق للولي [قال يتوقف على النظر][1]، فعلى القول بأن النظر لمعنى: كان إلى الإمام.

وعلى القول بأنه لغير معنى: كان للولي. والحمد لله وحده.

(١) سقط من أ، جـ.

المسألة الثامنة
فيمن غاب عن ابنته

فلا تخلو غيبته من أحد وجهين:

أحدهما: أن تكون غيبته غيبة انقطاع.

والثاني: أن تكون غيبته غيبة ارتجاع.

فإن كانت [غيبته][(١)] غيبة انقطاع، فلا تخلو من وجهين:

أحدهما: أن تكون على معنى الغلبة والاضطرار.

والثاني: أن تكون على معنى [الترفه][(٢)] والاختيار.

فإن كانت غيبته على معنى الغلبة والاضرار، كالأسير، فلا تخلو حالة ابنته من أن تكون في حرز وصيانة والنفقة جارية عليها أم لا:

فإن كانت في حرز وتحصين، والنفقة جارية عليها، ولم تدع إلى النكاح، فلا إشكال أنها لا [تزوج][(٣)] وتنظر قدوم أبيها، إذ لا يجبرها أحدٌ سواه.

وإن [كانت قد][(٤)] دعت إلى النكاح: فإنها [تزوج][(٥)] إن كانت بالغة.

(١) سقط من أ.

(٢) في هـ: الرأفة.

(٣) في أ، جـ: تتزوج.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ب: تتزوج.

[**فإن**][(١)] كانت في غير حرز وتحصين، أو كانت في حرز ولا كفاية [ولا مؤنة][(٢)] معها: فإنها [تزوج][(٣)] أيضا، إذا خُشي عليها الفساد والضيعة، دعت إلى النكاح أو لم تدع [إليه][(٤)].

وإن كانت غيبته على معنى [الترفه][(٥)] والاختيار ، فلا تخلو من أحد وجهين:

إما أن تُعلَم حياته **أو** جُهِلَت:

فإن علمت حياته، فلا يخلو موضع غيبته من أن يكون قريبًا أو بعيدًا:

فإن كان قريبًا، فلا خلاف في المذهب أنه لا يفتات عليه في إنكاح بناته، دعون إلى النكاح أم لا، إلا أن يتبين ضرر الأب بهن، فيكون كالعاضل الحاضر، فإن الإمام يتقدم إليه: إما أن يزوجها، وإلا زوَّجها عليه الإمام.

وإن [كان بعيد الغيبة][(٦)]، مثل الأندلس وطنجة من المدينة، فهل يجوز أن تزوج أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنها تزوج [جملة][(٧)] بلا تفصيل وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أنها لا تزوج إلا أن يخشى عليها الفساد والضيعة، وهو قول

(١) في أ: وإن.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ب: تتزوج.
(٤) زيادة من جـ،ع،هـ.
(٥) في ع، هـ: الرأفة.
(٦) في هـ: كانت غيبته بعيدة.
(٧) سقط من أ.

مالك في كتاب «محمد».

وإن جُهلت حياته، ولم تعلم جهته، كالمفقود، فإن الإمام ينظر في أمر بناته كما ينظر في أمر ماله، ولا يكون المال أسوأ حالا من البضع، وهذا ظاهر قول مالك في «المدونة»، لأن الإمام ينظر لها ويعقد النكاح عليها.

ولمالك في «كتاب محمد» قول آخر: أن للأخ أن يزوجها برضاها، وهذا الخلاف يبنى على الخلاف في المفقود: هل حكمه حكم الحي أو حكمه حكم الميت؟

فمن رأى أن حكمه حكم الميت، قال: النظر في ذلك إلى الأخ لأنه ولي وارث.

ومن رأى أن [حكمه حكم الحي، قال][1]: النظر في ذلك إلى الإمام؛ لأنه من باب النظر للغائب.

وأما الوجه الثاني: إذا كانت غيبته غيبة ارتجاع، كمن خرج لتجارة أو لطلب حاجة: فلا إشكال في هذا الوجه أنه لا يتعرض للنظر في أمور بناته، على أية حالة هن عليها كما لو كان حاضراً، [والحمد لله وحده][2].

---

(١) سقط من هـ.

(٢) زيادة من جـ، ع، هـ.

المسألة التاسعة
في وكالة المرأة على النكاح من يزوجها

ولا يخلو توكليها من وجهين: إما أن تعين الزوج أم لا.

فإن عينت الزوج، مثل: أن تقول: زوجني من فلان، فلا خلاف في جواز النكاح إذا كان الزوج الذي عينته [كفؤًا لها على حسب ما قدمناه][1].

وإن لم تكن عينته، ولكن فوضت أمرها إلى من أسندت إليه، فلا يخلو من وجهين:

إما أن تفوض ذلك إلى واحد، أو تفوض إلى أكثر من واحد:

فإن فوضت أمرها إلى رجل واحد، مثل أن تقول له: زوجني ممن أحببت، ثم زوجها من نفسه أو من غيره، فلا يخلو من وجهين:

إما أن يطالعها بذلك ويعرفها أم لا:

فإن طالعها بذلك وعرفها اسم الرجل الذي زوجها إياه كان هو أو غيره، فرضيت به، فلا خلاف في جواز النكاح.

وإن كرهت ذلك، فهل يلزمها فعله، ولا خروج لها عما عقد عليها أم لا؟، فلا يخلو من وجهين:

إما أن يزوجها من نفسه أو يزوجها من غيره:

فإن زوجها من نفسه، فقولان قائمان من «المدونة»:

---

(١) سقط من أ.

أحدهما: أن النكاح لا يجوز، وهو نص قول ابن القاسم، وهل يجوز إن أجازته؟ قولان قائمان من «المدونة» أيضا، وقد قدمناهما في تقديم العقد على الرضا.

والثاني: أن النكاح جائز لازم لها، ولا خيار لها فيه إذا كان الوج كفؤاً لها، وهذا القول حكاه ابن القصَّار على المذهب، وهو قائم من «المدونة»: من مسألة القاضي إذا زوجها من نفسه، إذ لا فرق بين الولي والقاضي، مع سلامة حاله وإصابته في فعله.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الوكيل، هل هو معزول عن العقد من نفسه لنفسه بما تضمنته الوكالة أو هو داخل فيها وهو من جملة ما اقتضته الوكالة؟

فمن رأى أنه معزول عن العقد من نفسه، قال: لا يلزمه العقد، ويتوقف على رضاها، فيجوز إن أجازته على قول، ولا يجوز على قول.

ومن رأى أنه غير معزول، قال بجواز النكاح ولزومه.

وهذا الخلاف ينبني على أصل آخر: وهو تخصيص العموم بالعادة، وذلك أن قولها: زوجني ممن أحببت.

وهذا [ق/ ١٤١أ] العموم يعم نفسه وغيره والعادة الجارية، وذلك أن المرأة [إن][1] كان لها غرض في [عين][2] رجل، فإنها تجعل سفيرا [إليه][3] وتقصده بذلك [و][4] لا توكله لينظر [لها][5] غيره.

---

(١) في أ: إنما.

(٢) في باقي النسخ: غير.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: إليها.

فإذا وكلته علم أن المقصود غيره لا عينه.

ومن رأى أن العموم يخصص بالعادة، قال: لا يلزمها النكاح.

ومن رأى أنه لا يخصص بالعادة، قال: إنه يلزمها، وهي مسألة اختلف فيها الأصوليون.

والبيع [ق/ ١١ع] في جميع ما ذكرناه مثل النكاح.

وإن زوجها [من غيره][١] من غير مطالعتها [ولا عرفها][٢]، فهل يلزمها النكاح أم لا؟ [ق/ ١٢١ جـ].

قولان منصوصان في [المدونة][٣]:

فمرة ألزمها النكاح، ومرة لم يلزمها النكاح، وكل عن مالك.

فوجه القول بالجواز واللزوم: عموم الوكالة، وتفويضها الأمر إلى اجتهاده.

ووجه القول الثاني: أن المرأة لها غرض في عين الوزج وتسميته، ثم لا يلزمها النكاح إلا برضاها.

وأما الوجه الثاني: إذا فوضت أمرها إلى أكثر من واحد، مثل أن تفوض أمرها إلى رجلين فزوجها هذا من رجل، وهذا من رجل، فلا يخلو [ذلك][٤] من وجهين:

إما أن يعقدا معا أو تقدم أحدهما بالعقد على الآخر:

---

(١) سقط من أ، جـ.

(٢) سقط من أ، جـ.

(٣) في أ، جـ: الكتاب.

(٤) زيادة من هـ.

فإن عقدا عليها معا، فلا خلاف في المذهب في فسخ النكاح من غير اعتبار بالدخول.

وإن تقدم أحدهما بالعقد على الآخر، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يعلم الأول منهما.

والثاني: أن يجهل ولا يعلم.

فإن علم الأول منهما، فلا يخلو من أن يدخل بها الثاني أم لا:

فإن لم يدخل بها الثاني، فلا خلاف أنها للأول، ويفسخ نكاح الثاني.

فإن دخل بها الثاني، هل يكون دخوله بها فوتا أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن الدخول فوت، ويكون الثاني أحق بها، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أن الأول أحق بها، ويفسخ نكاح الثاني، وهو قول محمد بن عبد الحكم، وهو ظاهر «المدونة» في كتاب «الوكالات» وكتاب «الشركة».

وسبب الخلاف: اختلافهم في الفسخ، متى يستعمل؟ هل بنفس الورود أو بالبلوغ؟

فمن رأى أن الفسخ والعزل يستعملان بنفس الورود، قال: بفسخ نكاح الثاني، دخل أم لا؛ لأنه يعقد الأول عزل الآخر عن الوكالة؛ لأن الأمر المقصود بالوكالة قد حصل، فصار الثاني قد عقد من غير توكيل.

ومن رأى أنهما لا يستعملان إلا بعد البلوغ والعلم، قال: الثاني أحق بها من الأول إذا دخل بها، لأنه دخل بوجه جائز في ظاهر الأمر.

وإن جهل الأول منهما، فلا يخلو من أن يدخل بها أحدهما أو لم يدخل بها واحد منهما:

فإن دخل بها أحدهما، هل يكون أحق بها أم لا؟، **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه أحق بها، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنه لا يكون أحق بها، وأن الدخول لا تأثير له في ثبوت النكاح؛ لأنه على شك، إذ قد يكون هو الآخر، فلا يصلح له المقام على هذا النكاح، وهو قول ابن عبد الحكم. وجمهور العلماء: على أن النكاح مفسوخ من غير اعتبار بالدخول، كما قال ابن عبد الحكم، وما قاله مالك رحمه الله ـ استحسان لا يحمله قياس، والله أعلم.

فإن لم يدخل بها واحد منهما، فلا خلاف في المذهب أن نكاحها مفسوخ.

واختلف إذا أقرت الزوجة أن هذا هو الأول، هل يقبل قولها أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أنه لا يقبل، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أن قولها مقبول، وهو قول أشهب في «الواضحة».

فإذا قلنا بفسخ النكاح إذا لم يدخل بها واحد منهما: فظاهر المذهب أن الفسخ في ذلك بغير طلاق؛ لأنه نكاح فسخ بالغلبة.

وقيل: بطلاق، وهو المنصوص في المذهب.

فإن تزوجها أحدهما بعد الفسخ، هل ترجع عنده على جميع الطلاق أو على ما بقي من طلاق الملك؟

فقد ذكر بعض المتأخرين عن ابن الموَّاز كلامًا متناقضًا في نفسه، وقال: لا يخلو الذي تزوج منها من أن يكون تزوجها قبل زوج أو بعد زوج:

فإن تزوجها قبل زوج، فإنها ترجع عنده على جميع الطلاق؛ لأنه إن كان هو الأول [فنكاحه][1] الثاني، كلا شيء؛ لأنه رجعت إليه امرأته، وهو لم يطلق.

وإن كان هو الثاني فكذلك أيضا، لأن لأن نكاحه بعد الأول، كلا نكاح، لأنه تزوج امرأة غيره، [فإن تزوجها بعد الفسخ فإنها ترجع عنده على جميع الطلاق][2].

فإذا تزوجها [أحدهما][3] بعد زوج، فإنها ترجع عنده على تطليقتين، وهذا كلام [متناقض][4] لأن الفسخ الذي فسخ به نكاحهما إن كان بطلاق، فكيف ترجع [عند] [5] الذي تزوجها منهما بعد ذلك على جميع الطلاق، لأنه فسخ [وقع][6] بحكم حاكم، والأول منهما مجهول.

وإن كان بغير طلاق، فكيف [يلزمه][7] الطلاق بتزويج غيره إياها بعد الفسخ من غير [طلاق][8] يوجبه عليه حكم حاكم.

وهذا الكلام كما تراه، وربك أعلم بمن هو أهدى سبيلا.

---

(١) في أ: فنكاح.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ، ع، هـ: مدخول، وفي جـ: مجهول.
(٥) في أ: إلى.
(٦) في أ: لو وقع، وفي ب: لو رفع.
(٧) في أ، جـ: يلزم، وفي ع: يلزمهما.
(٨) في أ: أن.

فـإن عثر على هذا النكاح بعد دخـول أحدهما، وعلم أنه الثاني، وقد كان الأول قـد مات أو أطلـق ، فلا يخـلو ذلـك من [ق / ٨هـ] ثـلاثة أوجه:

[**أحدهما**]: أن يكون عقد ودخل قبل موت الأول أو طلاقه.

والثاني: أن يكون عقد ودخل بعد موت الأول أو طلاقه.

واثـالـث: أن يكون عـقد قبل موتـه أو طلاقه، [ودخل بعـد موته وطلاقه][(1)].

فـأمـا إن عقد ودخل قـبل [موت الأول][(2)] أو طلاقه: فإن نـكاحه صحيح ثابت بمنزلة ما لو كان حيًا ولم يطلق، على قول ابن القاسم.

وأمـا على قول ابن عبد الحكم، فينفـسخ نكاحه كما قدمناه في صدر المسألة.

وأما إذا عقد ودخل بعد موت الأول أو طلاقه، فلا يخلو الأول من أن يكون مات أو طلق:

فـإن مات: فإن نكاح الـثاني مفسوخ، لأنه نكـاح في عدة [وترث الأول، وإن طلق **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أن نكاحه صحيح؛ لأنه نكاح في غير عدة][(3)] وهو قول ابن القاسم.

والثـاني: التفصيل بين أن يكون العاقـد لنكاحها آخرًا بعد طلاق الأول

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: موته.

(٣) سقط من أ.

هو الأب: فلا يفسخ نكاحه، وإن لم يدخل.

وإن كان العاقد آخرًا بعد طلاق الأول هو الوكيل: فإنه يفسخ، إلا أن يدخل، وهو قول ابن الماجشون.

والفرق بينهما على قول [عبد الملك][1]: أن الأب مطلق على النكاح على الاسترسال، والوكيل تنفسخ وكالته بتزويج الأب قبله.

وأما إن عقد قبل الموت أو الطلاق، ودخل بعد ذلك، فالمذهب **على قولين:**

أحدهما: أنه كالذي عقد ودخل قبل الموت أو الطلاق، [في أن نكاحها][2] ثابت ولا ميراث لها من الأول، ولا عدة عليها منه، وهو قول [مالك][3] حكاه ابن الموَّاز.

والثاني: الفرق بين الوفاة والطلاق:

ففي الوفاة: يكون متزوجًا في عدة، بمنزلة امرأة المفقود، تتزوج بعد ضرب الأجل وانقضاء العدة ودخل بها [زوجها][4]، ثم تبين أنها تزوجت قبل وفاة المفقود ودخلت بعد وفاة المفقود وقبل انقضاء العدة: أنه يكون متزوجًا في عدة، وفي الطلاق، ولا يكون متزوجا في عدة، وهذا قول بعض المتأخرين، والحمد لله وحده.

---

(١) في ب: مالك.
(٢) في أ، جـ: فإن نكاحه.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

المسألة العاشرة
في تعدي الوكيل في النكاح، واختلافه مع الأمر

ولا يخلو اختلافهما من وجهين:

أحدهما: أن يختلفا في الوكالة [والتسمية][١].

والثاني: أن يتفقا في الوكالة، ويختلفا في التسمية.

فالجواب عن الوجه الأول: إذا اختلفا في الوكالة والتسمية مثل أن يدعي رجل على رجل أنه وكله على تزويج امرأة بكذا وكذا مهرًا، [فادعى][٢] أنه قد فعل [وحمل][٣] عنه الصداق، وأنكر الزوج أن يكون [قد][٤] وكله ولا أمر [له][٥] بذلك: فالقول في ذلك قول الآمر، وهل ذلك بيمين أو بغير يمين؟ **قولان قائمان من «المدونة»**:

أحدهما: أنه لا يمين عليه، وهو ظاهر المدونة، وهو قول سحنون في غيرها.

والثاني: أن قوله مقبول مع يمينه، وهو قول ابن القاسم في «الأسدية»، وهو ثابت في بعض نسخ «المدونة».

فإذا قلنا بفسخ النكاح، هل فسخه بطلاق أو بغير طلاق؟ **قولان قائمان**

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ، جـ: ضمن.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

من «**المدونة**»:

أحدهما: أن الفسخ فيه بطلاق، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنه فسخ بغير طلاق.

والقولان في بعض نسخ «المدونة»، وبالفسخ بطلاق أخذ سحنون [ق/ ١٢ ع] رضي الله عنه.

فعلى القول بأن الفسخ فيه بطلاق، هل يكون على الرسول نصف الصداق مما ضمن أم لا؟ **قولان قائمان من «المدونة»**:

أحدهما: [ق/ ٧٥ب] أن الرسول لا يضمن شيئًا من الصداق، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب».

والثاني: أنه يضمن نصف الصداق، يغرمه للزوجة، وهو قول علي بن زياد في بعض روايات «المدونة».

وسبب الخلاف: المخير بين شيئين، هل يعد مختارًا لما ترك أم لا؟

فمن رأى أنه يعد مختارًا لما ترك قال: يكون الفسخ طلاقا، ويغرم الوكيل نصف الصداق.

ومن رأى أنه لا يعد [الوكيل][1] مختارًا لما ترك، قال: يكون الفسخ بغير طلاق ولا صداق ولا نصف صداق.

وظاهر قول ابن القاسم في [الكتاب][2]: ألا شيء على [الوكيل][3]، فسخ بطلاق أم لا.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ع، هـ: المدونة.

(٣) في أ، جـ: الرسول.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا اتفقا في الوكالة، واختلفا في التسمية، مثل أن يدعي الوكيل أن النكاح بمائتين، وبذلك أمره الآمر، وقال الآمر: ما أمرته إلا بمائة، فلا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها: أن يكون لكل واحد منهما بينة.

والثاني: ألا بينة لواحد منهما.

والثالث: أن يكون له بينة دونها.

والرابع: أن يكون لها بينة دونه.

فـإن كان لكل واحد منهما بـينة، للزوج [بينة][١] أن الوكالـة كانت بمائة، وللزوجة [بينة][٢] أن العقد كان بمائتين، فلا يخلو [ذلك][٣] من وجهين:

أحدهما: أن يعثر على ذلك قبل الدخول.

والثاني: أن يعثر عليه بعد الدخول.

فإن عثر على تعدي الوكيل قبل الدخول:

فإن تراضيا الزوجان على إثبات الزيادة أو إسقاطها ثبت النكاح بينهما، مثل أن يرضى الزوج على إمضاء النـكاح بمائتين أو رضيت هي [على][٤] أن تسقط عنه المائة.

فإن لم يتراضيا بذلك، فسخ النكاح بينهما، وهل فسخه بطلاق أو بغير

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

طلاق، قولان قائمان من «المدونة».

وسبب الخلاف: ما تقدم، [في] [1] المخير بين شيئين، هل يعد مختارل لما ترك أم لا؟ لأن الزوج كان قادراً على إثبات النكاح بالرضا بما ادعت الزوجة.

وإن عثر على ذلك بعد الدخول، [ولم][2] يعلم الزوج بزيادة الوكيل إلا [بعد الدخول]، ما الذي كون للمرأة من الصداق؟ فقد اختلف المذهب فيها على ثلاثة أقوال، كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن للمرأة أن تأخذ المائتين، مائة من الزوج لإقراره بها، ومائة من الوكيل لتعديه، وهو ظاهر قوله في «المدونة»: أن الرسول ضامن إذا أقر بالتعدي، وقيام البينة عليه بالتعدي، كإقراره [ق/ ١٤٢أ].

والثاني: لا شيء لها إلا مائة واحدة، ولا شيء على الرسول، وهو قول مالك في «مختصر ما ليس في المختصر»، وهو ظاهر «المدونة» أيضا، من قوله في الكتاب: أن الرسول ضامن إذا أقر بالتعدي، وهو لم يقر بالتعدي، و[قال: إن][3] المرأة فرَّطت حين [مكنته][4] من نفسها، ولم تستخبر عن مقدار الصداق وتصحيح، ما أقر به الوكيل.

والثالث: أن الذي يلزم الزوج من ذلك صداق المثل، وما زاد فعلى الرسول، فإن كان صداق المثل مائة وخمسين: غرمها الزوج، وغرم الرسول خمسين.

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: فلم.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ، ب: مكنت.

فإن كان صداق المثل مائتين: غرمها الزوج، ولا شيء على الرسول، وهو قول عبد الملك في «كتاب محمد»، وبه قال ابن حبيب، وهو ظاهر «المدونة» أيضًا.

وإن لم تكن لكل واحد منهما بينة لا للزوج ولا للمرأة إلا مجرد الدعاوي، فلا يخلو من أن يكون اختلافهما قبل الدخول أو بعده:

فإن كان اختلافهما قبل البناء، فالقول قول الزوجة، ويخير الزوج بين أن يغرم مائتين أو يفارق.

فإن نكلت عن اليمين: حلف الزوج وفسخ النكاح بينهما، وكان الفسخ في ذلك بطلاق [وهو قول ابن القاسم](١) وقيل بغير طلاق، وهو قول غيره من أهل المذهب.

فإن نكل الزوج عن اليمين [لزمنه المائتان](٢) وثبت النكاح بينهما، فإن رضي الرسول قبل الدخول أن يغرم المائة التي زادها ويثبت النكاح، وكره ذلك الزوج: كان القول قوله؛ لأنه يقول: «لا أرضى أن يكون نكاحي بمائتين».

واختلف المتأخرون في [علة ذلك](٣):

فقال بعضهم [ق/ ١٢٢جـ]: العلة في ذلك: قبول المائة، لأن الوكيل يمن عليه بما دفع عنه من الصداق.

وقال بعضهم : العلة في ذلك : كثرة التوابع ، لأن الصداق مهما

(١) سقط من أ.

(١) سقط من أ.

(٣) في ب: تأويل ذلك وعلته.

[كثر][1] كثرت توابعه ويستضر بذلك الزوج.

وهذه العلة: أسعد بظاهر [الكتاب][2]، لقوله: لا أرضى أن يكون صداقي ألفين، وذلك يشعر بكثرة المؤنة لا [تقليل][3] المنة.

وإن كان اختلافهما بعد الدخول، فلا يخلو ذلك من خمسة أوجه:

أحدها: أن يعلما جميعا، الزوج والمرأة، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه.

والثاني: أن يعلما جميعا، ولم يعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه.

والثالث: ألا يعلم واحد منهما بفعل الآخر.

والرابع: أن يعلم الزوج بزيادة الألف، وأنها ما رضيت إلا بألفين.

والخامس: أن تعلم المرأة أن الزوج لم يرض إلا بالألف، وبه أمر الوكيل.

[فأما] [4] **الوجه الأول**: إذا علما جميعا، وعلم كل واحد منهما بعلم صاحبه، مثل أن يعلم الزوج أن المرأة ما رضيت إلا بألفين، وعلم أنها علمت بعلمه، وتعلم الزوجة أن الزوج لم يرض إلا بالألف، وعلمت أنه علم بعلمها: كان لها ألفان؛ لأن الزوجة تقول: «أنا قد علمت أنه ما أمره إلا بالألف، ولم أرض [أنا][5] أن أبيع سلعتي إلا بألفين، وهو بذلك

---

(١) سقط من أ.

(٢) في هـ: المدونة

(٣) في جـ : قلة ، وفي ب، ع: تقليد.

(٤) في أ: وأما

(٥) سقط من أ.

عالم، فرضي بذلك ودخل».

وكذلك الجواب عن الوجه الثاني: إذا علمنا جميعًا، ولم يعلم واحد منهما بعلم الآخر حتى دخل بها: أنه يكون لها الألفان أيضًا، وهو ظاهر «المدونة»؛ لأنه علم بزيادة المأمور وتعديه قبل الدخول.

فإذا دخل بعد العلم، كان ذلك منه رضا بتلك الزيادة، من غير اعتبار بالمرأة أن تكون عالمة بعلمه.

وقال بعض المتأخرين: والقياس أن يكون لها الألف وخمسمائة [لأن علمها][1]، بانفرادها إذا لم تعلم بعلمه يوجب [لها][2] الألف، وعلمه بانفراده إذا لم يعلم بعلمها يوجب لها الألفين؛ لأنها تقول: إنما رضيت بالألف، ولا علم لي برضاه بألفين، ولو علمت ذلك لم أرض بألف، والزوج يقول: رضيت بألفين ولا علم عندي برضاها بألف، ولو علمت ذلك لم أرض بألفين، فتساوت الدعاوى [فوجب][3] أن تقسم الألف بينهما، والذي قاله فيه نظر.

وأما [الجواب عن][4] الوجه الثالث: إذا لم يعلم واحد منهما بفعل الآخر، لا الزوج علم بزيادة وكيله، ولا الزوجة علمت بأن الزوج إنما أذن بالألف خاصة حتى دخل، فليس لها على الزوج إلا الألف خاصة، لأنه على ذلك دخل، ولا عنده بالزيادة [علم][5]، وقال في «المدونة»: ولا

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: ووجب.

(٤) سقط من أ، ع.

(٥) في أ: علم عليه.

شيء لهـا على الوكـيل؛ لأنها [صـدقته][1]، والـزوج جحـدها الألـف الزائدة.

فإن أقر المأمور بالتعدي بعد البـناء بها: غرم الألف الزائدة للزوجة، ثم لا يرجع بها على الآمر.

وأما [الجـواب عن][2] الوجه الرابع: إذا علمت المرأة قبل الدخول أن وكالة الزوج كانت بـألف، ولم يعلم الزوج بزيادة الوكيـل حتى دخل بها، لم يكن لها إلا ألف.

وأما [الجواب عن][3] الوجه الخامس: إذا علم الزوج أنها لم ترض إلا بألفين والزوجة لـم تعلم بما أمر به الزوج: كان لهـا ألفان؛ لأن الزوج على ذلك دخل.

وأما الوجه الثالث من أصل التقسيم: إذا كان للزوج بينة دونها، مثل أن يدعي الـزوج ألفا، وشهدت لـه البينة بذلـك، وساعده الوكيـل، والزوجة تدّعي ألفين، ولا بينة لها عليه، وكان ذلك قبل [الدخول][4]: فإنها تبدأ باليمـين وتحلف على ما قالـت، ويكون [الزوج][5] بالخـيار بين أن يـغرم ألفين أو يفارق.

فإن نكلت وحلف الرسول [ق/ ١٣ع]: كان لها ألف [ق/ ٩هـ].

[**فإن**][6] نكل الرسول فرق بينهما إلا أن يرضى الزوج [بالألفين][7].

---

(١) في أ: صدقة.
(٢) سقط من أ، ع.
(٣) سقط من أ، ع.
(٤) في ب: البناء.
(٥) سقط من أ.
(٦) في أ: وإن.
(٧) سقط من أ.

[**فإن**][١] لم يعلم حتى دخل بها: كان لها صداق المثل.

وإن كان صداق مثلها ألفا: لم يكن لها على الزوج ولا على الوكيل غير ذلك.

وإن كان صداق مثلها ألفين: حلفت واستحقت، لأن الرسول أتى بما لا يشبه.

واختلف فيمن يستحق الألف الزائدة، على قولين:

أحدهما: أنها تستحقها على الوكيل، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنها تستحقها على الزوج، وهو قول عبد الملك.

فإن نكلت عن اليمين، سقطت مقالتها عن الزوج، لأن يمينها على الزوج [يمين][٢] [يهمه][٣] لا [ترد][٤]، وترجع مقالتها على الرسول؛ لأنها تدعي عليه التحقيق.

فإن حلف برئ، [وإن][٥] نكل غرم الألف الزائدة.

وأما الوجه الرابع من أصل التقسيم: إذا شهدت البينة [للزوجة][٦] بألفين، وقال الرسول: بذلك أمرني، وقال الزوج: إنما أمرته بألف، ولا بينة [له][٧]: فإن الزوج يحلف، وتكون الزوجة بالخيار بين أن ترضى

(١) في أ: وإن.
(٢) سقط من أ.
(٣) في هـ: شبهة.
(٤) في أ، جـ: ترجع.
(٥) في أ: فإن.
(٦) في أ: للزوج.
(٧) سقط من أ.

بالألف أو تفارق.

فإن نكل الزوج: لزمه ألفان.

وهذا فيما بينه وبين الزوجة، لأن يمينه [لها][1] يمين تهمة [لا ترد][2].

واختلف هل للزوج أن يُحلِّف الرسول أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أن له أن يحلفه فإن نكل غرم الألف الزائدة، وهو قول أصبغ.

والثاني: أنه لا يمين له عليه ؛ لأنه أقر أنه تعدى وافتات عليه في الزيادة، والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

المسألة الحادية عشرة
في النكاح الذي يفسخ بطلاق وبغير طلاق

النكاح ينقسم إلى قسمين: صحيح وفاسد.

فالصحيح: [ما جوزه القرآن والسنة][(١)].

والفاسد: ينقسم إلى ثلاثة أقسام:

نكاح فسد لعقده، ونكاح فسد لصداقه، ونكاح فسد لشروط فاسدة اقترنت به.

فأما ما فسد لعقده: فينقسم إلى قسمين:

قسم متفق على فساده، وقسم مختلف في فساده:

فالمتفق على فساده: مثل نكاح من لا يحل نكاحه، من ذوات المحارم، من نسب أو رضاع أو نكاح المرأة في عدتها [أو على ابنتها أو على أمها][(١)] أو على أختها أو ما أشبه ذلك.

فهذا القسم يفسخ قبل البناء وبعده، وفيه الصداق المسمَّى إن وقع الدخول.

وأما المختلف في فساده: مثل نكاح الشغار، ونكاح المحرم، [ونكاح المريض][(٢)]، والناكح والإمام يخطب يوم الجمعة، ونكاح من خطب على خطبة أخيه، وما أشبه ذلك.

فهذا مما اختلف فيه المذهب، على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

أحدها: أن الفسخ فيه بغير طلاق، قبل الدخول وبعده، وهي رواية السماع.

والثاني: أن الفسخ في ذلك [كله][1] بطلاق، وفيه الميراث، وهي رواية البلاغ.

والثالث: التفصيل بين أن يعثر على ذلك قبل البناء أو بعده:

فإن عثر عليه قبل البناء، فالفسخ فيه بغير طلاق .

وإن كان بعد البناء ، فالفسخ فيه بطلاق، وهو أحد أقاويل مالك ـ رحمه الله ـ في الذي يتزوج امرأة على ألا صداق [لها][2].

وينبني الخلاف على الخلاف في الخلاف، هل يراعي أو لا يراعى؟

فمن رأى أنه يراعي، قال: الفسخ فيه بطلاق.

ومن رأى أنه لا يراعى، قال: الفسخ فيه بغير طلاق.

والتفرقة بين البناء وعدمه: استحسان، جار على غير قياس.

وأما ما فسد لصداقه: مثل: أن يتزوج الرجل المرأة بحرام، مثل: الخمر، والخنزير **أو** بغرر، كالثمرة التي لم يبد صلاحها، والعقد الآبق والبعير الشارد، والجنين في بطن أمه أو تزوجها بصداق [إلى أجل][3] مجهول أو ما أشبه ذلك.

فهذا قد اختلف فيه المذهب أيضا، على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنه يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده، ويكون فيه صداق المثل، وهو المشهور من المذهب، وهو نص «المدونة».

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

والثاني: أنه يفسخ قبل الدخول وبعده، وهذا القول مرويٌ عن مالك، وهو قائم من «المدونة» من مسألة نكاح الشغار، وقد أتقناها إتقانًا كليًا.

وأما ما فسد لشروط افترقت [به](١): [وهي](٢) كثيرة لا تحصى، ولهذا قال مالك في «الكتاب»: «وليس لما [يفسد](٣) به النكاح من الشروط حد»، مثل أن يتزوجها على ألا صداق لها [أو على أن لا نفقة لها أو على أن لا مبيت لها](٤) أو على أن لا ميراث بينهما، أو تزوجها على أن تكون نفقتها على غير زوجها ، كالأب وغيرها ، [والزوج](٥) صغير أو كبير أو على أنه إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا، [وإلا](٦) فلا نكاح بينهما **أو** على أن أحدهما بالخيار.

فالحكم في هذه الشروط يختلف:

فمنها: ما يفسخ به [النكاح](٧) قبل [وبعد ، ومنها ما يفسخ به قبل](٨) ويثبت بعد.

ومنها: ما يمضي بالصداق المسمى.

ومنها: ما يرد إلى صداق المثل.

وذلك يختلف على حسب اختلاف الصور، وقد عقد [فيه](٩) بعض

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: فهي.
(٣) في ع، هـ: يبطل.
(٤) سقط من أ.
(٥) في ب: أو تزوج.
(٦) سقط من أ.
(٧) سقط من أ.
(٨) سقط من أ.
(٩) سقط من أ.

[حذاق][1] المتأخرين عقداً ضابطًا، وقيد فيه قيدًا رابطًا، وقال: كل شرط ترك لأجل شيء لولاه، لكان واجبا، فإنه يفسخ به النكاح، وكل شرط [كان][2] لأجل ترك شيء لولاه لكان مباحًا فهذا الشرط لا يفسد به النكاح.

وهذا العقد إذا تدبرته تجده صحيحا و[كان][3] كلامًا فصيحًا.

واختلف في لزوم الطلاق وثبوت الميراث في الأنكحة الفاسدة، على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه، فلا طلاق فيه ولا ميراث، مثل: نكاح الشغار، ونكاح المحرم، وما كان صداقه فاسدا فأدرك قبل البناء، وهي رواية ابن القاسم عن مالك في «المدونة».

والثاني: أن كل نكاح يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ففيه الطلاق والميراث، قبل الدخول وبعده.

وما [كان][4] يفسخ قبل الدخول وبعده: [وإن][5] كان مختلفا فيه، فلا [صداق][6] فيه ولا ميراث، لا قبل الدخول ولا بعده، وهو ظاهر «المدونة».

والثالث: أن كل نكاح اتفق على تحريمه، فلا [صداق][7] فيه ولا

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في أ: فإن.

(٦، ٧) في جـ،ع،هـ: طلاق.

ميراث، وكل نكاح اختلف في تحريمه وإن غلبا على فسخه قبل الدخول وبعده: ففيه الطلاق والميراث قبل الدخول وبعده.

وهذا الذي قاله ابن القاسم برواية بلغته عن مالك على ما نص عليه في [ق/ ١٤٣ أ] «كتاب النكاح الثاني»، وفي بعض روايات كتاب «النكاح الأول» لرواية بلغته ولم يذكر مالك.

واختلف في الخلع: إذا خالعها ثم تبين أن النكاح فاسد، هل يرد الزوج الخلع أم لا؟ **على ثلاثة أقوال:**

أحدهما: أن الخلع تابع للطلاق، فحيث ما لزم الطلاق [لزم][(١)] الخلع، وحيث ما لم يلزم الطلاق [لم يلزم][(٢)] الخلع، وهو قول ابن القاسم في كتاب «النكاح الأول»، خلاف ما قاله في «كتاب الخلع»، وقد قال في «[كتاب] النكاح الأول»: [في][(٣)] التي تزوجت [بغير إذن وليها][(٤)]، [و][(٥)]، استخلفت على نفسها رجلاً، يزوجها، ثم خالعها زوجها على مال أخذه منها، قبل أن يجيز الولي نكاحها، فقال ابن القاسم: الطلاق واقع والخلع لازم، ويحل للزوج ما أخذ منها.

وقال في «كتاب الخلع» : « أن [الخلع ماض و][(٦)] المال مردود»[(٧)].

لكن المتأخرون اختلفوا فيما وقع في « كتاب الخُلع » ، هل هو لابن القاسم أو لعبد الملك؟.

(١) في أ : ثبت.
(٢) في هـ : سقط.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ع، هـ: بغير ولي.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ، جـ، ع، هـ.
(٧) المدونة (٢/ ٢٥٣) .

فإن كان لابن القاسم: فهو تناقض منه.

وإن كان لعبد الملك: فهو وفاق لمذهبه على ما نصف.

والقول الثاني: أن الخلع ماضٍ في كل ما لأحدهما المقام عليه مما يرجع إلى اختيارهما وإيثارهما، ويرد في كل نكاح لا يقران عليه، ولا خيار لهما فيه، وهو قول ابن الموّاز.

والثالث: التفصيل بين أن يكون الخيار له أو لها:

فإن كان الخيار للزوج في رد النكاح أو إجازته: مضى الخلع له.

وإن كان [الخيار][١] لها عليه رد المال عليها، وهو قول عبد الملك، ومثله في «كتاب ابن سحنون».

واختلف هل يقع به التحريم أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أن التحريم يقع بكل نكاح لم يتفق على تحريمه، وهذا هو مشهور المذهب.

والثاني: أن التحريم جار على مجرى الطلاق والميراث، فحيثما لزم [الطلاق][٢] وثبت فيه الميراث: ثبت [ق/ ١٤ع] فيه التحريم على الآباء والأبناء، وحيث [ما لم] [٣] يلزم الطلاق ولا يثبت فيه الميراث: لم يثبت فيه التحريم، وهو قول [ابن وهب][٤]. وروى مثله عن ابن القاسم.

فهذا تحصيل [ق/ ١٢٣جـ] وتفصيل شاف، [والحمد لله وحده][٥].

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ب: ابن حبيب.

(٥) زيادة من جـ، ع، هـ.

المسألة الثانية عشرة
في الأمة بين الشريكين، يزوجها أحدهما بغير إذن شريكه

ولا يخلو [ذلك][١] من وجهين:

أحدهما: أن يعثر على ذلك قبل البناء.

والثاني: أن يعثر على ذلك بعد البناء.

فإن عثر عليه قبل البناء: فإن النكاح يفسخ، والفسخ فيه بغير طلاق ولا صداق فيه، لا نصفه ولا غيره.

فإن عثر عليه بعد البناء: فالنكاح مفسوخ أيضا.

وأما الصداق: فلا يخلو من أن يجيز الشريك نكاحه أم لا.

فإن أجازه ورضي به: كان [لها][٢] [نصف] [٣] المسمى.

وإن لم يجزه ولا رضي به، هل يكمل [لها][٤] صداق المثل أم لا؟

مثل أن يزوجها الشريك الحاضر بعشرين، وصداق [مثلها][٥] ثلاثون، هل يكمل [لها][٦] صداق المثل أم لا؟ **قولان:**

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، ب، جـ: له.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ، ب: له.

(٥) في أ، ب: المثل.

(٦) في أ، ب: له.

أحدهما: أنه يكمل [لها](١) صداق المثل، وهو [قول] فضل بن سلمة.

والثاني: أنه لا يزاد على المسمى، وهو قول أشهب.

فعلى القول: بأنها يكمل لها صداق المثل، فلا يخلو الزوج من أن يكون عالمًا أن فيها شريكًا لغير من زوجه أم لا:

فإن كان عالمًا أن فيها [شركا لغيره](٢) لم يكن له على الذي زوجه مقال في العشرة [التي](٣) أكمل بها صداق المثل، لأن خمسة منها للغائب وخمسة أكملت لحق الغائب.

وقيل: إنه يزاد على صداق المثل خمسة حق للغائب، والحاضر قد رض بنصف المسمى.

وهذا خلاف ينبني على اختلافهم في قسمة هذا الصداق، هل هي موقوفة على تراضيهم واجتماعهم عليها، أو ذلك لمن دعي إلى القسمة منها؟

فمن رأى أن الصداق نحلة لها، [لا أنه](٤) عوض عن معوض، قال: لا يقسم إلا باجتماعهما، وأن [عليه] العشرة التي [كمل](٥) بها صداق المثل تزاد على العشرين لحق الغائب، وهو قول فضل بن سلمة.

ومن رأى أن الصداق ثمن للرقاب أو ثمن للمنافع، أي ذلك كان، فإنه

---

(١) في أ،ب: له.

(٢) في ب: شريك غيره.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ: لأنه.

(٥) في أ: أكمل.

يكون [حقًا][1] للسيد.

ومـن دعا منهما إلى القسم كان ذلـك له، وهو ظاهر قول ابن القاسم على القول بـأن الزوج يخرج جميع العـشرة، ويدفعها للأمة مـع العشرين دينارًا، فلا يخلو ساعتئذ من ثلاثة أوجه:

إما أن تعتق، **أو** تباع، **أو** تموت.

فإن عتقت تبعها مالها ولا يرجع الزوج عليها، و [لا][2] على الشريك بشيء.

وإن بيعت فلا يخلو من أن تباع بمالها أو [أن تباع] [3] بغير مالها.

فـــإن بيعت بمالــها، كان للزوج الأقل من الخمـسة، وما زاد المال في ثمنها.

وإن بيعت بغير مالها: أخذ الزوج خمسة، وهي التي تنوب الحاضر.

وإن ماتت أخذ خمسة من نصيب الحاضر.

وإن كان الزوج غير عالم أن فيها شـركًا لأحد كان له الرجوع على من زوّجه بجميع [المسمى][4]، إن أجاز الغائب أو بجميع صداق المثل إن لم يجز، وهل يترك [ق/ ١٠هـ] لها ربـع دينار أو لا يترك شيئا؟ **فـالمذهـب على قولين:**

أحدهما: أنه لا يترك لها شيئا، وهو ظاهر المدونة، بخلاف الغارة التي

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: بيعت.

(٤) في أ: المسلمين.

يترك لها ربع دينار لئلا يخلو البضع [ق/ ٧٦ب] عن العوض.

والثاني: أنه يترك لها ربع دينار، كما يترك للزوجة، وهذا ضعيف.

وربك أعلم. [بمن هو أهدى سبيلا والحمد لله وحده][1].

(١) زيادة من جـ، هـ.

المسألة الثالثة عشرة
في أحكام العبد في النكاح وغيره، مما يفتقر في ذلك إلى حد وعدد وغاية

وأمر العبد في أحكام الشريعة على أربعة أقسام:

قسم منها هو فيه على المساواة بينه وبين الحر بلا خلاف.

وقسم منها يكون العبد [فيه][1] على النصف من الحر، بلا خلاف.

وقسم منها مختلف فيه، هل العبد فيه على النصف أو على المساواة؟

وقسم منها العبد فيه مخالف للحر، يجب على الحر ولا يجب على العبد.

فأما القسم الأول: الذي كان العبد فيه على المساواة مع الحر: [وذلك في][2] : الصلوات الخمس وصيام شهر رمضان، ولا خلاف بين المسلمين في ذلك، وجميع ما يجوز للعبد أن يكفر به على ظاهر المذهب.

وأما القسم الثاني: الذي [كان][3] فيه العبد على النصف من الحر، مثل: حد الزنا، فلا خلاف [فيه][4] بين العلماء أن العبد فيه النصف من الحر، لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾[5]، والعبد

---

(١) في أ: منها.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) سورة النساء الآية (٢٥).

مساوٍ للأمة في ذلك [بلا خلاف][١] ومثل: الطلاق والعدة [عندنا][٢] أيضاً، لأن طلاق العبد عندنا على النصف من طلاق الحر، إلا أن الطلقة لا تتبعض [فكملت][٣] عليه تطليقتان.

وكذلك العدة في ذوات الحيض، لما كانت الحيضة لا تتبعض، [كملت عليه حيضتان][٤].

وأما القسم الثالث المختلف فيه: هل العبد مساوٍ للحر أو مخالف له [فمثل ما يباح له][٥] من عدد النساء في النكاح، فقد اختلف فيه المذهب **على قولين:**

أحدهما: أن العبد يتزوج أربعا حرائرًا كُنَّ أو إماءً، وهو مشهور المذهب.

والثاني: أنه لا يتزوج إلا اثنتين على النصف [من الحر][٦] ، وهي رواية ابن وهب عن مالك في كتاب ابن المواز، وهو مذهب الليث بن سعد.

واختلف أيضا في الأجل إذا آلى أو اعترض عن زوجته أو فقد، وفي [عدد][٧] حده إذا قذف [رجلا][٨]؟ **على قولين:**

---

(١) سقط من أ.
(٢) في هـ: على مذهبنا.
(٣) في أ: وكملت.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.
(٧) في أ: أقل.
(٨) في هـ: حرًا.

أحدهما: أن العبد في [جميع][١] ذلك على النصف من الحر، أجله في الإيلاء شهران، وفي العنة ستة أشهر [وفي الفقد سنتان][٢]، وفي قذف الحر أربعون [جلدة][٣]، وهو المشهور، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أن العبد في جميع ذلك مساوٍ للحر، وهو القول الذي حكاه ابن شعبان في [كتاب][٤] «الزاهي».

وسبب الخلاف: اختلافهم في هذه التحديدات، هل شرعت لمعنى أو لغير معنى؟

فمن رأى أن ذلك لمعنى قال: لا فرق بين الحر والعبد لوجود ذلك المعنى [في الجميع وذلك][٥]، أن أجل العنة إذا قلنا إنما قيد بسنة ليعالج نفسه في الأزمنة الأربعة، لإمكان أن يكون أحد الفصول [أرفق][٦] له في العلاج وأنجح للدواء.

وقيد أجل المولى بأربعة أشهر، لأنها مدة يلحق فيه الضرر بالزوجة، ويتبين [فيه][٧] الصبر عليها، [ولا][٨] يختلف حالها في ذلك، [وإذا][٩] كان الزوج حرًا أو عبدًا، فكان من حقه ألا يطلق عليه قبل الوقت الذي

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ. .

(٥) سقط من أ.

(٦) في أ: أوفق.

(٧) سقط من أ. .

(٨) في أ: فلا.

(٩) سقط من أ.

يلحقه الضرر فيه.

وقيدت المدة بأربع سنين في الفقد؛ لأنها مدة يبلى فيها أمر الزوج، فكان من حقه إذا كان عبدًا ألا يقصر به عن ذلك، ويحد ثمانين إذا قذف حرًا؛ لأن ذلك من حق المقذوف [الحر][1] حماية، وليس كذلك إذا كان المقذوف عبدا، والأصول موضوعة على أن المعتبر في الحد: حُرمة المقذوف [لا حرمة القاذف][2]، ولذلك لا حد على من قذف صبيًا أو عبدًا أو كافرًا.

فإذا كان الأمر هكذا، وجب ألا ينقص العبد عن ثمانين إذا قذف حرًا مسلما [وانتهك][3] حرمته.

وأما القسم الرابع: الذي يجب على الحر، ولا يجب على العبد، كالزكاة والحج، فلا خلاف أن العبد غير مخاطب [بالزكاة ولا بالحج، وإن كانت عنده أموال وافرة ما دام في قيد الرق وكذلك العتق في الأيمان عندنا أيضا فإنه غير مخاطب][4] به أيضا، فهذا مما يجب على الحر ولا يجب على العبد، [والحمد لله وحده][5].

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: وهتك.

(٤) سقط من أ.

(٥) زيادة من: ع، هـ.

المسألة الرابعة عشرة
في نكاح الإماء، ونكاح الحر الأمة

لا يخلو من أحد وجهين:

أحدهما: أن تكون الأمة ممن يعتق ولده منها.

والثاني: أن تكون ممن يرق ولده [منها][1].

فإن كانت الأمة ممن يعتق ولده منها، كأمة الأب والأم والجد والجدة: فإنه يجوز له أن يتزوجها من غير اعتبار الشرطين، لأن العلة التي من أجلها منع من نكاح الحر الأمة معدومة، وهي استرقاق الولد، وقد نص عليها مالك ـ رحمه الله ـ في «المبسوط» للقاضي.

وعلى هذا المعنى حمل حُذَّاق المتأخرين مسألة «الكتاب» في تزويج الابن أمة أبيه: أن ذلك جائز ابتداءً، مع وجود الطَّوْل وأمن العنت.

ولا يعترض على ذلك بمنعه الأب من تزويج أمة ابنه.

وإن كانت العلة التي هي استرقاق الولد معدومة، لكنه منعه لعلة أخرى، وهي الشبهة التي تثبت للأب في مال ولده، ألا ترى [أنه][2] [ق/ ١٥ع] لا يحد إذا وطأ أمة ولده، ولا يقطع إذا سرق [منه][3]، وقد ثبت من قوله ﷺ: **«أنت ومالك لأبيك»** [4] ما يقطع العذر.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في هـ: أن الأب.

(٣) في هـ: مال ابنه.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٢٩١) وأحمد (٦٩٠٢)، وصححه الألباني رحمه الله تعالى.

وإن كانت الأمة ممن [يرق][1] ولده منها: فهل يجوز للحر أن يتزوجها أم لا؟ **المذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:**

أحدها: أنه لا يجوز إلا بشرطين: عدم الطول، [وخوف][2] العنت، وهو مشهور قول مالك.

والثاني: أنه يجوز مع عدم الطول والأمن من العنت، وهو مشهور قول ابن القاسم، وأحد قولي مالك.

والقول الثالث: الكراهة.

والقول بالمنع أنه منع تحريم، وبه قال أشهب وابن عبد الحكم، وهو قائم من «المدونة» من قوله: يفسخه.

والقول بالإباحة ابتداء من غير اعتبار الشرطين [قائم من المدونة من قوله: إن نكاح الأمة على الحرة جائز، وقال ابن القاسم][3] في «كتاب الأيمان بالطلاق» حيث قال: آخر ما فارقنا عليه، مالكًا [رحمه الله][4] أن نكاح الأمة على الحرة جائز، والخيار للحرة.

والقول بالكراهة قائم من «المدونة» من رواية ابن القاسم وابن وهب، ولا ينبغي للحر [ق/ ١٤٤أ] أن يتزوج أمة، وهو يجد طولا لحرة، فحمله على الكراهة.

وسبب الخلاف: معارضة دليل الخطاب للعموم:

أما دليل الخطاب، فقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ

---

(١) في هـ: لا يعتق.

(٢) في هـ خشي.

(٣) سقط من أ.

﴿الْمُحْصَنَاتِ﴾[١]، [يقتضي أنه لا ينكح الأمة إلا بشرطين عدم الطول وخوف العنت][٢] وأما العموم، فقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾[٣]، وذلك يقتضي إنكاحهنَّ لحر وعبد، كان الحر واجدًا أو غير واجد، خائفا العنت أو غير خائف.

فمن رجَّح دليل الخطاب قال: لا يجوز إلا باعتبار الشرطين.

ومن رجح العموم قال: يجوز من غير اعتبار الشرطين، وعليه يدل قول مالك في «الكتاب» حيث قال: لو [لا][٤] ما قالته العلماء قبلي - يريد سعيد بن المسيب وغيره - لأجزأته، لأنه حلال في كتاب الله تعالى.

قال محمد: أراه يعني هذه الآية: ﴿وَأَنكِحُوا الأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾.

والطول المعتبر عند مالك: المال، قال الله تعالى: ﴿اسْتَأْذَنَكَ أُوْلُوا الطَّوْلِ مِنْهُمْ﴾[٥]، يعني: أصحاب الأموال.

واختلف المذهب عندنا في الحرة إذا كانت تحته، هل هي طول تمنعه نكاح الأمة إذا خشي العنت على نفسه أم لا؟ **على قولين منصوصين في المذهب قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أن للحرة تحته ليست بطول، وهو المشهور في الرواية.

(١) سورة النساء الآية (٢٥).

(٢) سقط من أ.

(٣) سورة النور الآية (٣٢).

(٤) سقط من أ.

(٥) سورة التوبة الآية (٨٦).

والثاني: أن الحرة طول يمنعه نكاح الأمة، [وهو ظاهر المدونة في قوله: ولا يجوز له أن يتزوج أمة][1]، وهو يجد طولا لحرة عى رواية الباء وهو نص ما في كتاب «محمد» في سماع عيسى عن ابن القاسم أيضا: أن الحرة طول، وفي رواية أخرى، وهو يجد طولا لحرة «باللام»، وهي رواية ابن نافع في «الكتاب»، حيث قال: لأنها لا تتصرف [تصرف][2] المال.

وسبب الخلاف: هل النظر إلى كونه غير عزب الذي لا يخشى عليه العنت، إذا كانت عنده زوجة، ثم لا يجوز [له][3] نكاح الأمة، أم النظر إلى خوف العنت جملة، سواء كان عزبا أو متأهلا؛ لأنه قد لا تكون الزوجة الأولى مانعة من العنت، وهو لا يقدر على حرة أخرى تمنعه من العنت، فكان له أن يتزوج الأمة، لأن حاله مع هذه الحرة في خوف العنت، كحاله قبلها، [وتحاصنه][4] إذا خشى العنت من الأمة التي يريد نكاحها.

وعلى القول بأن الحرة ليست بطول، وأن المال هو الطول.

فإذا قدر على صداق الحرة، وعجز عن نفقتها، هل هو واجد للطول أو عاجز عنه؟ **قولان**:

أحدهما: أنه واجد للطول، وأن نكاح الأمة لا يجوز له، وهو قول مالك في «كتاب محمد » على ما نقله [ابن أبي زيد][5] [ق/ ١٢٤جـ]

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، جـ: كمصرف.

(٣) سقط من أ.

(٤) في أ، جـ: وتخاصمه.

(٥) في ع، هـ: أبو محمد.

في «النوادر».

والثاني: أنه لا يكون واجدًا حتى يقدر على الصداق والنفقة وسائر مؤن النكاح وكلفه، وهو قول أصبغ في «الواضحة».

واختلف في القدرة على نكاح حرة كتابية، هل هو طول يمنعه [من][1] نكاح الأمة [أم لا][2]؟ **على قولين**:

أحدهما: أن الحرة الكتابية مقدمة على نكاح الأمة، وأنها طول.

والثاني: أن الأمة مقدمة على الحرة الكتابية، وأنها ليست بطول، والقولان مخرجان في المذهب.

وسبب الخلاف: معارضة دليل الخطاب لعموم الإباحة:

ودليل الخطاب قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلاً أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ [أَيْمَانُكُم][3]﴾[4]، فمهومه: أن ما عدا الحرائر المؤمنات لا يمنعه من نكاح الإماء، لتخصيص الله لهن في الآية.

وأما عموم الإباحة فقوله له تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِن قَبْلِكُمْ﴾[5] فساوى الله تعالى بينهم.

فمن رجح العموم على دليل الخطاب قال: تقدم الحرائر الكتابيات على الإماء المسلمات، وإليه مال حُذَّاق الشافعية.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سورة النساء الآية (٢٥).

(٤) زيادة من ع، هـ.

(٥) سورة المائدة الآية (٥).

ومن رجح دليل الخطاب على العموم قال بتقديم الأمة على الحرة الكتابية. والأول أظهر؛ لأن العلة إرقاق الولد وذلك معدوم في الحرة الكتابية.

وعلى القول بأنه لا يتزوج الأمة إلا مع عدم الطول وخشي العنت.

فإذا تزوجها بوجود الشرطين ثم أمن من خوف العنت فلا خلاف أعلمه في المذهب أنه لا يلزمه أن يطلقها إذ لا تؤمن عودة [العلة](١) وقد يطلقها ثم يعود عليه العنت [فيتزوجها](٢)، فيكون ذلك من باب الضرر [به](٣).

وأما إن قدر على صداق حرة، هل يلزمه أن يطلق الأمة التي تحته [أم لا يلزمه](٤)؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أن ذلك لا يلزمه، وهو قول مالك [رحمه الله](٥).

والثاني: أن ذلك يلزمه، لأنه بتزويج الحرة حرمت الأمة، وهو قول ابن حبيب.

وسبب الخلاف: الاستدامة، هل هي كالإنشاء أم لا؟

فمن رأى أن الاستدامة كالإنشاء [قال: يجبر على الفراق، ومن رأى أن الاستدامة ليس كالإنشاء](٦)، قال: لا يجبر على الفراق.

فعلى القول بأنه لا يلزمه أن يطلق، وأنه يجوز له أن يتزوج الأمة

---

(١) في هـ: العنت.

(٢) في ع، هـ: ثم يتزوجها.

(٣) في ع، هـ: له.

(٤) سقط من أ.

(٥) زيادة من ع، هـ.

(٦) سقط من أ.

ابتداء، من غير [ق/ ١١هـ] اعتبار الشرطين، كما هو مشهور قول ابن القاسم.

فإذا تزوج حرة على أمة، ولم تعلم الحرة بها، هل لها الخيار أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه لا مقال لها؛ لأنها دخلت على أن الأمة من نسائه.

والثاني: أن للحرة الخيار في نفسها لما يلحقها من المعرَّة في كونها ضُرَّة الأمة، وذلك بَخْسٌ في حقها، وضرر لاحق بها، وهو تأويل التونسي، وهو ظاهر قول مالك في العبد يتزوج أمة على حرة: أن للحرة الخيار مع علمها أن الأمة من نسائه، ومع ذلك جعل لها الخيار، وما ذلك إلا للمعرَّة التي تلحقها في مشاركة الأمة.

فإذا أبيح له نكاح الأمة بوجود الشرطين، هل يجوز له الزيادة على واحدة أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه يجوز له أن يتزوج من الإماء ما بينه وبين أربع، وهو قول مالك في «المدونة» و«الموَّازية».

والثاني: أنه لا يتزوج أكثر من واحدة ولا يزيد عليها إلا إن دعته الحاجة إلى ذلك، وهو قول ابن القاسم في «العتبية».

وسبب الخلاف : اختلافهم في نكاح الإماء ، هل هو أصل في نفسه أو مستثنى من الأصول المحظورة؟

فمن رأى أنه أصل في نفسه، وأن دليل الإباحة [قد تناوله][1] قال

---

(١) سقط من أ.

[بجواز][1] الزيادة على واحدة، لأن الحظر إذا رفع رجع الشيء إلى أصله، حتى كأنه لم يتقدم فيه الحظر قط، وكيف لا، وقد قالت جماعة [من][2] العلماء بجواز نكاح الأمة ابتداء، من غير أن يتوقف جوازه على حصول شرط.

ومن رأى أنه من الأصول المستثناة قال: لا يجوز الزيادة على الواحدة إلا للضرورة.

وعلى القول: بأنه لا يجوز للحر أن يتزوج حرة على أمة أو أمة على حرة [إلا بشرطين، وإذا تزوج الرجل أمة على حرة أو حرة على أمة][3]، هل يكون الخيار في ذلك للحرة [أم لا][4]؟

فالمذهب على خمسة أقوال:

أحدها: أن الحرة بالخيار في نفسها، كانت أولاً أو آخرًا، وهو أحد قولي مالك في «المدونة» وغيره.

والثاني: أنها إن كانت آخرا: فلها الخيار في نفسها، وإن كانت [ق/ ١٦ع] أولاً فلها الخيار في الأمة، وهو قول المغيرة وابن دينار وابن الماجشون، وابن نافع.

والثالث: أنها إن كانت الأمة هي الداخلة عليها فلها الخيار في نفسها، وإن كانت هي الداخلة على الأمة فلا خيار لها، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة» أيضا.

---

(١) في ع، هـ: تجوز.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ع، هـ: أو لا خيار لها.

وذلك أن التفريط من جهة الحرة في الاستقصاء والكشف عن حاله، هل كانت تحته أمة أم لا؟

فلما كان التفريط من جهتها كان وبال الغرور عليها، وإلى هذا التعليل ذهب بعض المتأخرين، وزيفه بعضهم، وذلك أن تزويج الحر الأمة نادر، والنادر لا حكم له.

والرابع: أنها إن كانت الأمة هي الداخلة عليها: فسخ نكاحها ولم يجز.

وإن كانت هي الداخلة على الأمة: فسخ نكاح الأمة أيضا، فنكاح الأمة على هذا القول مفسوخ من كل وجه، وهذا على القول بأن الحرة طول، وهو أحد قولي مالك في «العتبية» وغيرها: إذا كانت الأمة هي الداخلة [على الحرة أن نكاحها مفسوخ وهو قول مالك في أول كتاب النكاح الثالث، فإن كانت الأمة هي الداخلة][1] عليها: فسخ نكاح الأمة لوجود الطول، وهو نص [قول][2] ابن حبيب في «واضحته»، وحكاه عن أكثر أصحاب مالك: أن الحرَّ إذا تزوج حرة وتحته أمة: أن نكاحها مفسوخ.

والخامس: أنها إن كانت الأمة هي الداخلة على الحرة: فسخ نكاحها، وإن كانت الحرة هي الداخلة على الأمة: لم يفسخ نكاح الأمة، وهو قول مالك.

وفي المسألة قول سادس: أن الحرة تخير بين أن ترضى بالمقام مع الأمة أم لا.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

فإن رضيت فلا كلام.

وإن لم ترض: كان الخيار للزوج يطلق أيتهما شاء، وهو اختيار اللخمي.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الجمع بين الحرة والأمة في عصمة النكاح، هل ذلك على معنى التحريم أو على [معنى][1] الكراهة؟

فإن قلنا: أن ذلك على معنى التحريم فلا خيار في ذلك للحرة، لأن ذلك حق لله تعالى.

وإن قلنا: أن ذلك على معنى الكراهة: كان ذلك حق [للحرة][2] ، من حيث إنه نكاح منعقد على انحلال أحد العقدين، إما الأول وإما الثاني، بعقد يؤثر في وهن نفسه أن يكون مكروها.

وكون الحرة تارة يكون لها الخيار في نفسها على قول، وتارة يكون لها الخيار في الأمة على قول، وتارة فرق بين أن يكون أولا أو آخرا على قول، وذلك كله استحسان [والحمد لله وحده][3].

---

(١) في أ، جـ: وجه.

(٢) في أ ، جـ : للزوجة.

(٢) زيادة من ع، هـ.

المسألة الخامسة عشر
في الغارَّة

وإذا تزوج امرأة على أنها حرة فإذا هي أمة فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون الغرور منها.

والثاني: أن يكون الغرور من غيرها.

فإن كان من غيرها، مثل: أن يغره رجل [فيزوجه امرأة على][1] أنها حرة، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يغره بالقول والفعل.

والثاني: أن يغره بالقول دون الفعل.

والثالث: عكس الثاني.

فإن كان غروراً بالقول والفعل، مثل أن يخبره بأن هذه حرة وعقد له نكاحها، فلا خلاف أعلمه في المذهب أن هذا الغرور يلزم الغار، ويرجع الزوج عليه بالصداق، وإن كان بعد البناء.

واختلف هل يترك له ربع دينار أم لا ؟ **على قولين:**

أحدهما: أنه يرجع عليه بجميع الصداق ، ولا يترك له شيء لا ربع ولا غيره، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «كتاب النكاح الأول»، ونص قوله في «كتاب الاستحقاق».

والثاني: أن يترك له ربع دينار، كما يتركه لها لو كانت هي الغارة وهو

(١) في أ: فيخبره.

قول بعض المتأخرين.

ولا وجه لما قاله: لأن الغار [إنما يترك لها ربع دينار][1] لئلا يخلو البضع [عن][2] العوض، وذلك المعنى معدوم في الغارّ.

وأما إن كان غروره بالقول دون الفعل، مثل أن يخبره بأنها حرة، وتولي [غيره] عقد نكاحها، فهل يرجع على الغار بالصداق [ق/ ١٤٥أ] أم لا؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أنه لا يرجع عليه بشيء، وهو نص قوله في «كتاب النكاح [الثاني][3]» في هذه المسألة، ونص قوله [أيضا][4] في «كتاب تضمين الصنَّاع ». فيمن سأل خياطًا قياس ثوب، فزعم أنه يقطع قميصا، فابتاعه بقوله، فلم يقطع قميصا [منه][5]، أو أرى دراهم للصيرفي، فقال: هي جياد، فتلفا ردية، فقال ابن القاسم: فإن غرَّ من أنفسهما عوقبا، ولم يغرما.

والقول الثاني: أنه يرجع عليه بما غرم من الصداق، وهو ظاهر قوله في «كتاب النكاح الثاني»، في مسألة الأخوين إذا تزوجا أختين، فإن دخلت امرأة كل واحد منهما إلى غير زوجها، حيث قال: لكل واحد منهما صداقها على الذي وطئها، ويرجع به الواطئ على الذي غرّه، فهذه قوله في «الكتاب» : بالغرم بالغرور بالقول، إذْ ليس هناك إلا القول خاصة،

(١) سقط من أ.
(٢) في ع، هـ: من.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

وكل واحدة منهما أرشدت إلى من تدخل عنده وتنحو نحوه.

وعلى هذا الاستقراء عقد بعض حُذَّاق المتأخرين في استخراج الغرم بالغرور بالقول من «الكتاب».

والقولان منصوصان في المذهب، والصواب: القول بالغرم به عند أكثر شيوخ المذهب.

ـ ويؤخذ أيضا الغرم بالغرور بالقول من «كتاب الجعل والإجارة»، ومن «كتاب الرواحل والدواب»: إذا غر [الجمال][1] بضعف الجبال وعثور الدابة، ولم يبين للمكترى، حيث قال: إنه يضمن ما كان من سبب ذلك، وإن لم يباشر [الجمال ذلك][2] بيده.

وينبني الخلاف على الخلاف [في الغرور][3] بالقول، هل يلزم أم لا؟

وإن كان غروره بالفعل دون القول: فمنصوص [المذهب على][4] أنه يلزم الغرم به.

وينبغي ألا يختلف في هذا الوجه، كاجتماع الفعل والقول، إلا أن بعض المتأخرين أشار إلى دخول الخلاف في ذلك، كالقاضي أبي بكر بن العربي وغيره، وما أظن ذلك إلا وهمًا من قائله أو غلطا من ناقله.

وإن كان الغرور منها، مثل: أن يأذن لها سيدها، فتخبر بأنها حُرَّة، فتزوجها رجل حر [أو عبد][5]، ودخل على ذلك، ثم جاء السيد

---

(١) في أ، جـ: الحار.

(٢) في أ، جـ: ذلك الجمال.

(٣) في أ، جـ: بالغرور.

(٤) سقط من أ.

(٥) سقط من أ.

فاستحقها: فلا يخلو من أن يكون ذلك قبل البناء أو بعده:

فــإن كان قبل البناء: فالخيار لــلزوج، حرًا كان أو عبدًا، إن شاء طلّق وإن شاء أمسك.

وإن كان بعد البناء: فلا يخلو الزوج من أن يكون حرًا أو عبدًا:

فإن كان حرًا: فهو بالخيار، إن شاء أمسكها وإن شاء [طلَّقها](١):

فإن أمسكها: كان لها [الصداق](٢) المسمَّى.

وإن [فارقها](٣): فاختلف ما الذي يكون لها من الصداق؟

على خمسة أقوال:

أحــدهــا: أنه يكون لها الأقل من المســمى أو صداق المثل، وهو ظاهر «المدونة».

والثــاني: أن لها الأكثر، وهو قول أشهب في «الموازية»، ولابن القاسم مثله في «العتبية».

والثــالث: أن لها صداق المثل، ويكمل لها على المسمى، وهو قول ابن القاسم وأصبغ ومحمد في «النوادر».

و[القول](٤) الرابع: أنه ليس لها إلا ربع دينار خاصة، وهو قول ابن الموَّاز.

والخامس [مــن الأقوال](٥): إن كان المسمَّى مثل صداق مثلها أعطيت

(١) في ع، هـ: فارقها.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ع، هـ: اختار الفراق.
(٤) سقط من أ.
(٥) زيادة من ع.

ما بين صداق حرة وأمة، نصف صداق أمة ونصف صداق حرة، وهذا القول حكاه سحنون [ق/ ١٢٥جـ] عن ابن القاسم في «النوادر»، ولم يسم قائله.

فوجه القول الأول: أن لها الأقل؛ لأن ذلك عدل بين الزوج والسيد.

فإن كان المسمى أقل: فقد رضى به الزوج أولاً.

وإن كان صداق المثل أقل: فقد دخل السيد على ذلك حين أذن لها ببيع سلعتها [في النكاح][1].

فإذا باعتها بقيمة أمثالها، فلا مقال لسيدها.

ووجه القول الثاني: أن لها الأكثر، بناء على تغليب حق السيد، والتفريط جاء من جهة الزوج لترك الاستقصاء؛ لأن السيد وكَّلها على بيع تلك المنافع كبيعها لخدمتها.

فإن خانت كان للسيد أن يرد محاباتها؛ لأنها حابت في ملك.

وهذا القول والأول هما أمثل الأقوال وأقربهما إلى الصواب.

ووجه القول الثالث: أن ليس لها إلا المسمى، قال كما لو زنا بها طائعة، وبهذا استدل قائل هذا [ق/ ١٧ع] القول ـ الذي هو أشهب ـ إلا أنه توجيه ضعيف وقياس رهيف، لأن قياس النكاح على الزنا قياس فاسد.

والزنا : إنما يعتبر فيه ما نقص منها ، فإن لم ينقصها فلا شيء لسيدها.

---

(١) سقط من أ.

ووجه القول الرابع: [أن ليس لها إلا ربع دينار][1] لأن الغرور من جهة السيد حين لم يعرف بحالها، ولا أشهر أمرها، فكان التفريط من جهته.

وأما القول الخامس: الذي جعل لها نصف صداق أمة ونصف [ق/ ١٢هـ] صداق حرة: فلا وجه له فيما ظهر لنا.

فإن اختلف الزوج والسيد، فالسيد يدعي أن الزوج علم أنها أمة، والزوج يقول: إنما ظننت أنها حرة، فالقول قول الزوج، وعلى السيد البينة [على][2] ما يدعيه، وهو قول أصبغ عن ابن القاسم في «العتبية».

[قال أصبغ][3] ولو أقرَّ الزوج [الآن][4] أنه عالم أنها أمة، وقد فشا [وعُرف][5] [في السماع][6] أنها غرَّته بأنَّها حرة، فلا يصدق [إلا][7] على ما يدفع عن نفسه، من غرم قيمة ولده، ولا يقبل فيما يريد من [إرفاقه][8]، وإن صدقه السيد على ذلك.

ولا فرق في جميع ما ذكرناه من الخلاف في الصداق وغيره، من أن تكون [الأمة][9] الغارة ممن سبق فيها عقد من عقود الحرية، كالإيلاد

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٥) في ع، هـ: واشتهر.

(٦) سقط من أ.

(٧) في جـ، هـ: الآن.

(٨) في ع، هـ: إرفاقهم.

(٩) سقط من أ.

والتدبير [والكتابة][1] والعتق إلى أجل، [أولا][2] فيها كالأمة القنية، وإنما تختلف أحكام هذه الأشياء في قيمة الولد، إن كان هناك.

فإن ولد الزوج مع هذه الأمة التي غرته بالحرية ولدًا، فلا يخلو سيد الأمة من أن يكون ممن يعتق عليه ما ولدته [أمته][3] من زوجها أم لا:

فإن كان ممن يعتق عليه بالملك إذا ملكه، كأمة الأب والابن يغران من أنفسهما: فعلى الابن صداق أمة أبيه، على الخلاف الذي قدمناه في مقداره [و][4] على الأب قيمة أمة ولده، ولا شيء عليها من قيمة الولد اتفاقا؛ لأن ولد أمة الأب عتق على حدة، وولد أمة الابن عتق على أخيه.

وإن كان السيد ممن لا يعتق عليه ما ولدته هذه الأمة من زوجها، وكانت أمة قنية لا حرية فيها، فإنَّ الزوج يغرم قيمة الأولاد.

واختلف المذهب، هل يغرم قيمتهم يوم الولادة أو يوم الحكم؟ على قولين:

أحدهما: أنه يغرم قيمتهم يوم الولادة، وهو قول المغيرة في «كتاب ابن حبيب».

والثاني: أن [عليه][5] قيمتهم يوم الحكم، وهو مشهور المذهب، وهو مذهب «المدونة».

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: ولم.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ: عليهم.

فعلى القول بأنه يغرم قيمتهم يوم الولادة، فإن ماتوا بعد ذلك أو قتلوا عمدًا، فلا يسقط موتهم ما وجب عليه من القيمة.

وعلى القول بأن القيمة لا تجب عليه إلا بالحكم، فإن ماتوا قبل الحكم أو قتلوا عمدًا: فلا شيء على الأب من قيمتهم.

فإن قتلوا خطأ أو صالح [الأب][1] في العمد على مال فأخذه من القاتل، فإنه يغرم الأقل من القيمة أو ما أخذ من الدية.

فإن كان الولد يوم الحكم حيًا، فإنه يقوم على ما سوى ذلك اليوم: أن لو كان [عبدًا فيئا]، يجوز بيعه ويغرم الأب تلك القيمة، وإن كانت أكثر من الدية.

واختلف هل يُقَوَّم [الولد][2] بماله [أم لا][3]؟ **على قولين:**

أحدهما: أنه يقوم بغير ماله، وهذا القول قائم من «المدونة»، من قوله: إن كان الأب معسرًا والابن موسرًا غرم الابن القيمة من ماله، ثم لا يرجع بذلك على أبيه.

فلو كان الابن يقوَّم بماله لما أمكن أن يكون في أموالهم قيمتهم بأموالهم، لأن ذلك يقتضي أن يخرج من أموالهم أكثر من أموالهم، وذلك محال على كل حال.

والثاني: أن الولد يقوَّم بماله، وحكاه بعض المتأخرين رواية، ولم يوقف عليها.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ع، هـ: أم يقوم بغير ماله.

فإذا قوم بماله أو بغير ماله على الخلاف، فلا يخلو [حينها][١] من ثلاثة أوجه:

إما أن يكونا معا موسرين.

أو معسرين.

أو أحدهما معسر والآخر موسر.

كانا موسرين معا الأب والولد [أو الأولاد إن كانوا عددًا، فإن القيمة تؤخذ من مال الأب باتفاق المذهب ثم لا يرجع بذلك على الابن وكذلك إن كان الأب موسرًا والابن معسرًا الجواب واحد، فإن كانا معسرين][٢] فالقيمة تؤخذ من أولهما يسرًا [إن كان][٣] الأب على [الاتفاق][٤]، و[إن كان][٥] الابن على الخلاف.

وإن كان الابن موسرًا والأب معسرًا ، فهل تؤخذ القيمة من الابن أم لا؟ **قولان منصوصان في «المدونة»**:

أحدهما: أن القيمة تؤخذ من مال الابن، لأنها عنه أديت، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه لا شيء على الولد، ولا يؤخذ من ماله شيء، ويتبع بذلك الأب، وهو قول الغير في «كتاب الاستحقاق».

وكذلك من كانوا جماعة أولاد، فإن الموسر منهم لا يؤدي عن المعسر

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) ف أ: من.

(٤) في أ: الوفاق.

(٥) سقط من أ.

باتفاق من ابن القاسم والغير.

وإيجاب المسألة بجميع أصولها وفصولها يأتي في «كتاب الاستحقاق» إن شاء الله تعالى.

فإن كانت الغارة هي أم ولد، ولها من زوجها الذي غرته، فلا يخلو الولد من أن يكون حيًا أو ميتًا.

فإن كان حيًا، فقد اختلف في قيمته على أربعة أقوال:

أحدها: أن الأب يغرم قيمة الولد لسيد الأمة على الرجاء والخوف، وهو نص «المدونة».

والثاني: أنه يغرم قيمة عبد لا عتق فيه، بمنزلة ما لو قتلت [أمه][(١)]، وهو قول ابن الماجشون.

والثالث: أن على الأب قيمته يوم ولد، وهو قول المغيرة.

والرابع: التفصيل بين أن يكون الولد صغيرًا أو كبيرًا.

فإن كان صغيرًا لا خدمة فيه: فلا شيء على الأب حتى يطيق، فإذا أطاق الخدمة: غرم أجرة كل يوم، وكلما كبر زاد الأب أجرته، وهو قول مالك في «ثمانية أبي زيد»، ولمطرف عن مالك في «الواضحة» مثله.

وهذا كله في حياة السيد.

فإن مات السيد سقطت القيمة عن الأب وعن الابن باتفاق جميع الأقوال إلا المغيرة؛ لأن القيمة عنده وجبت بنفس الولادة، من غير التفات إلى من مات بعد ذلك من سيد أو أب أو ولد.

---

(١) سقط من أ.

فعلى القول بأن الأب يغرم قيمة الولد على الرجاء والخوف، فقد اختلف المتأخرون في الرجاء المعتبر، ما هو؟ **على قولين:**

أحدهما: أن الرجاء فيهم أن تطول حياتهم، ويعيشون ويعيش سيدهم، وتحصل بالخدمة الكثيرة لمشتريهم أن لو جاز بيعهم على هذا.

والخوف ما يخشى أن تخترمهم المنية أو تخترم سيدهم بفور عقد البيع، وقبل أن ينتفع المشتري بخدمتهم.

وهذا تأويل ابن أبي زمنين وغيره، وهو أسعد بظاهر «الكتاب».

والثاني: أن الرجاء المعتبر أن الولد المشترى لعله يقتل فيأخذ المشتري [قيمة عبد][1]، أن لو جاز بيعه على هذا المعنى، وهو تأويل فضل بن سلمة. والأول أظهر.

فعلى تأويل ابن أبي زمنين: إذا قتل الولد، فأخذ أبوه ديته أنه يُقَوَّم عليه السيد الأمة [قيمة عبد][2]، لا على الرجاء والخوف [وكذلك قال حمديس][3]؛ لأن الرجاء قد انقطع بموت الولد، [وكذلك قال أحمد بن مزين][4] [ق/ ١٤٦أ] وإلى هذا ذهب بعض الشيوخ.

وإن كان أبو محمد بن أبي زيد قال في «المختصر» يريد على الرجاء والخوف.

---

(١) في ع، هـ: قيمته عبداً.
(٢) في ع، هـ: قيمته عبداً.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من ب.

ووهم الشيخ أبو عمران قوله في ذلك جدًا، وصوبه غيره من المتأخرين.

وإن كان الولد ميتا، فلا يخلو من أن يموت حتف أنفه أو مات مقتولا:

فإن مات حتف أنفه قبل الحكم، فلا شيء على الأب من قميته، إلا على قول المغيرة القائل [بأن القيمة تجب بالوضع وقد قدمناه.

فإن كان عمدًا فلا شيء على الأب أيضا.

وإن كان خطئا فعليه الأقل مما أخذ من قيمته على الخلاف الذي قدمناه.

فإن كانت هي التي عزت من نفسها رجلا فتزوجها وولد][1] «معها أولادًا»، فلا يخلو من أن يكون النظر في ذلك في حياة السيد أو بعد وفاته:

فإن كان النظر في حياته، فقد اختلف في صفة القيمة في الأولاد، **على قولين:**

أحدهما: أن الولد يقوم على الرجاء والخوف، خوف الرق إن مات العبد في حياة السيد أو مات السيد وعليه دين [يغترقه][2]، ورجاء العتق إن حمله الثلث، وهو [ق/ ١٨ ع] قول مالك في «المدونة» وفي «كتاب محمد».

والثاني: أنه يقوم عبدًا لا عتق فيه، كمن ابتاع مُدَبَّرا فأعتقه، وهو اختيار ابن الموّاز.

وإن كان النظر بعد موت السيد ، فلا يخلو من أن يكون عليه دين أو

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ع، هـ: يرقه.

لا دين عليه.

فإن كان عليه دين، فرَّقهما، كانت قيمته قيمة عبد لا عتق فيه.

وإن كان لا دين عليه، فلا يخلو من أن يكون له مال سواه أم لا.

فإن كان له مال يحمل ثلث قيمة الأم وقيمة الأولاد، فلا شيء على الأب؛ لأن الولد قد عتق قبل أن يجب على الأب من قيمته شيء.

وإن لم يكن له مال سواهما، كانت على الأب قيمة ثلثي الولد، وسقطت قيمة الثلث التي عتقت [منه][1].

فإن كانت مكاتبة، فقد اختلف في قيمة ولدها على قولين:

أحدهما: أنه يؤخذ من الأب قيمته عبدًا، فتوقف، فإن زقوا بالعجز أخذها السيد، وإن عتقوا [رجعوا][2] إلى الأب، وهو قول ابن القاسم في «كتاب محمد».

والثاني: أن المكاتبة أحق بقيمتهم، فإن [كانت][3] فيها وفاء بباقي الكتابة، دفعت إلى السيد وعجّل عتقهم.

وإن لم يكن فيها وفاء، حسبت من آخر الكتابة كالجناية عليها، وهو قول ابن الموّاز.

فإن كانت معتقة إلى أجل، ففي قيمة ولدها قولان:

أحدهما: أنه يقوم على الرجاء والخوف، رجاء العتق إن عاش إلى انقضاء الأجل، وخوف الرق إن مات قبل انقضائه، وهذا على قول مالك

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ع، هـ: رجعت.

(٣) في ع، هـ: كان.

بتقديم الخدمة في «ثمانية أبي زيد».

والثـاني: أن الأب يغرم قيمة عبدٍ لا عتق فيه، بمنزلة ما لو قتلت أمه، وهو قول عبد الملك.

وكل ما ذكرنـاه في هذا الباب من أن الأب يـغرم قيمة الولـد، فإنه لا يرجع بذلك على الذي غره باتفاق المذهب، بخلاف الصداق؛ لأنه لم يغره بالولد.

وأما إن كان الزوج عبدًا غرته أمة بأنها حرة، فلا يخلو من وجهين:

أحـدهمـا: أن يشترط أنها حـرة لو نسبت له أو لعزله بوجـه يعلم بأنه [عمل][1] على أنها حرة.

والثاني: أن لا يشترط شيئا، ولا قامت له قرينة تدل على الاشتراط.

فإن اشترط الحـرية أو قامت له قرينـة تدل على الاشتراط: فـإنه يرجع بالصداق على من غره، إن كان غره أحد، ثم لا يرجع من غره عليها بشيء كالحر على سـواء، ومن حجته أن يقول: دخلـت على حرية أولادي، لأن أولاد العبد من الحرة أحـرار، ولا يسترق السيد الولد منـها، وهو قول ابن المواز.

وإن لم يشترط حريتها، ولا قامت لـه قرينة تدل على الشرط، فهذا لا يرجع بشيء من الصداق، بخلاف الحر في هذا الوجه، لأن الحر له الخيار، اشترط الحرية أم لا، إلا أن يـعلم أنها أمة، فدخل عـلى ذلك. والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من أ.

المسألة السادسة عشرة
في العيوب التي توجب الرد في النكاح

والعيوب التي يرد بها الزوجان أو أحدهما في النكاح، تنقسم على ثلاثة أقسام:

قسم منها يوجب الخيار لمن اطلع عليها، سواء اشترط السلامة أم لا.

قسم منها لا يوجب الرد، إلا أن يشترط السلامة.

وقسم مختلف فيه، هل يلحق بالأول أو الثاني؟

فالجواب عن القسم الأول [ق/ ١٢٦جـ]: في العيوب التي توجب الرد، اشترط [ق/ ١٣هـ] السلامة أم لا، وهي العيوب التي نص عليها أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ، وهي: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج.

أما الجنون: فإنه يرد به من به ذلك منهما؛ لأن ذلك علة لا يطيب للزوج [عيش] معها، ولا يستلذ معها بالجماع.

وكذلك الجذام والبرص أيضا، لأنهما علتان تنفر النفس منهما، ويمنعان أحدهما من الإلمام بالوقاع، ولا سيما مما يخاف من عاقبة أمرهما، من أن يتعد ذلك إلى الأولاد والأحفاد.

وداء الفرج كذلك أيضا: لأنه يمنع من الوقاع أو من استيفاء الشهوة.

ثم لا يخلو ذلك من وجهين:

أحدهما: أن يكون بأحدهما **أو** بهما جميعًا.

فإن كان بأحدهما، فلا يخلو من أن يكون بالزوج أو بالزوجة.

فإن كان بالزوج:

أما الجنون: فلا يخلو من أن يؤذيها ولا يعفها من نفسه أو لا يؤذيها.

فإن كان يؤذيها من نفسه ولا يعفها: فلا خلاف في المذهب أنه يحال بينه وبينها، ويؤجل سنة، فإن برأ، وإلا فرق بينهما وكان لها جميع الصداق، ولا فرق في ذلك بين أن يكون قبل البناء أو بعده، ولا بين أن يكون أمر حدث بعد العقد أو كان قبل العقد، وسواء كان يجن مطبقا أو يجن عند رأس كل هلال.

فإن كان يعفها من نفسه ولا يؤذيها، هل يكون لها الخيار أو لا خيار لها؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أن لها الخيار بعد أجل سنة، فإذا [مرت](1) السنة ولم يبرأ، كان لها الخيار، وهو قول مالك في «المدونة» و«كتاب محمد».

والثاني: أنها لا خيار لها إذا أعفاها من نفسه، وهو قول ابن الموَّاز في «كتابه»، وهو قول مثل قول ربيعة في «الكتاب».

وأما الجذام: فلا يخلو من أن يحدث قبل الدخول أو بعده:

فإن حدث قبل الدخول، فإن تبين أنه جذام لاشك فيه: كان لها الخيار اتفاقا [ووفاقا](2) من غير تفصيل بين القليل والكثير، وهو ظاهر «المدونة» وتفسير ابن وهب في «العتبية».

وإن شك في أمره ولم يتبين لها أمره: فلا خيار لها بالشك.

وإن كان بعد الدخول: فلها الخيار في كثيره اتفاقا، وهل لها خيار في

---

(١) في ع، هـ: مضت.

(٢) سقط من أ.

يسيره؟ **قولان:**

أحدهما: أن لها الخيار في يسيره، كما كان في كثيره، وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أنها لا خيار لها في يسيره، وهو ظاهر قول أشهب في «النوادر»؛ لأنه قال: وليس للجذام حدًا إلا أنه إذا كان متفاحشًا، لا يحتمل النظر إليه، وتغض الأبصار دونه فلها الخيار، فظاهر هذا: أنه إذا كان شيئا يسيرا [مما] [1] لا يصل إلى هذا الحد، فلا خيار لها، وكذلك نقل اللخمي: أنه لا يفرق من قليله، حتى يتناهى ويتفاحش، لأنه قد اطلع عليها، فلا يعجل بالفراق.

وأما البرص: فقد اختلف المذهب في الرد به على أربعة أقوال:

أحدها: أنه عيب يوجب الخيار للزوج، يسيرًا كان أو كثيرًا، حدث بعد العقد أو قبله أو بعد الدخول، وهو ظاهر «المدونة» في «كتاب النكاح الأول»، وهو ظاهر قول عمر ﷺ.

والثاني: أنه لا يرد به الزوج، ولا يوجب الخيار للزوجة، سواء كان قبل العقد أو حدث قبل الدخول، وهو قول أشهب عن مالك في «كتاب ابن الموَّاز»، وهو قول ابن القاسم في كتاب «بيع الخيار» من «المدونة».

والقول الثالث: أنه يرد به إذا كان قبل العقد، ولا يرد به بعد الدخول إن حدث، وإن كان شديدًا، وهو قول ابن القاسم في «النوادر»، وهو ظاهر «المدونة» في «كتاب بيع الخيار»، على تأويل بعضهم.

والرابع: أنه يرد به [قبل] [2] العقد والدخول، وإن كان خفيفا، ولا

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: بعد.

يرد بما حدث بعد الدخول إلا أن يكون شديدًا فاحشًا لا صبر لها معه، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في «العتبية»، وهو قول ابن حبيب في «الواضحة».

والخلاف: الذي أوردناه في هذه المسألة لا مستند له ولا مأخذ على الحقيقة، ولا بأس أن يقول القائل: إن الخلاف ينبني على الخلاف في قول عمر رضي الله عنه، هل هو معلل أو غير معلل؟

فمن قال: إنه معلل بالإذاية وما يخشى من الترامي في الأولاد والأحفاد، قال: بوجوب الخيار [لها][(١)] فيما كان يخشى ذلك منه مما يسري إلى الأبدان، وما يسري إلى إسقاط الاستمتاع وإلى منع استيفائها.

وإن كان قبل البناء، فلا ضرر عليها في الفراق.

وإن كان بعد البناء، فإن كثرت الإذاية، آثر الشرع إزالتها على الضرر الذي يلحقها في كشف الزوج عنها وإن قلت الإذاية: كان موضع [الترجيح][(٢)] لذي النظر.

ومن رأى أنه غير معلل، قال: لا فرق بين اليسير والكثير.

وأما داء الفرج: كالجبة والعنة وما كان في معناهما من الخصي والاعتراض.

فأما المجبوب الممسوح [أو][(٣)] المقطوع الذكر أو الحشفة أو الحصور أو عنينا الذي آلته كالزر على تفسير أهل اللغة، دون تعارف الفقهاء أو من لا يتأتى منه الاستمتاع أصلا: فلا خلاف في وجوب الخيار [ق/ ١٩ع].

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ : الترجي.

(٣) سقط من أ.

وأما المعترض: فإن لها فيه الخيار غير أنه يؤجل سنة، فإن برأ سقطت حجتها، وإن لم يبرأ فلها الرد، وكان لها جميع الصداق.

وتمام المسألة المعترض في «كتاب النكاح الثاني» إن شاء الله.

واختلف في الخصي القائم الذكر، على قولين:

أحدهما: أن لها الرد، وهو قول مالك.

والثاني: أنه لا يرد به، لأنه بمنزلة من كان عقيما؛ لأن ذلك لا ينقص من جماعه.

فإن كان ذلك بالزوجة:

أما الجنون والجذام: فلا خلاف أعلمه في المذهب أنها ترد بهما من غير تفصيل بين القليل والكثير.

وكذلك ترد من كثير البرص، واختلف في قليله، **على قولين**:

أحدهما: أنها ترد منه، كما ترد من الكثير، وهو قول مالك في «العتبية»؛ لأنه سئل عن قليل البرص، قال: ما سمعت إلا ما جاء في الحديث. وما الفرق بين قليل ولا كثير.

والثاني: أنها لا ترد من قليله الذي أحيط به علما أنه لا يزيد، وهو قوال ابن القاسم في «العتبية».

وأما داء الفرج: فإنه ينقسم قسمين:

قسم يمنع الجماع: كالرتق والقرن.

وقسم لا يمنعه: كالعفل والنتن والاستحاضة والإفاضة وحرق النار.

والعفل: بفتح العين المهملة وفتح الفاء في النساء، كالإردة في الرجال، وهي بروز اللحم من الفرج.

والقرن: بفتح القاف وسكون [ق/ ١٤٧أ] الراء، مثله لكنه: قد يكون لحما، وقد يكون عظما.

والرتق: بفتح الراء والتاء، تضايق المحل والتحامه.

فإذا وجد الزوج شيئا من هذه العيوب كان مخيراً بين الإمساك والفراق، إذا كان ذلك شيئا لا يقبل العلاج، على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى.

واختلف فيما خف من تلك العيوب، هل يرد به أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أنها ترد به، وهو قول مالك في «المدونة» وغيرها.

والثاني: أنها لا ترد إلا أن يكون عيبا يمنع اللذة، وهو قول ابن حبيب.

وسبب الخلاف: هل المراعى في ذلك ما [يمنع][1] اللذة كلها أو ما يمنع من استيفائها؟

ولا شك أن الجنون والبرص توجد اللذة معهما، ولكنهما يمنعان من استيفائها.

فإذا دعا أحدهما إلى المعالجة وامتنع الآخر، فهل يجبر عليها من أباها؛ فلا يخلو ذلك من أربعة أوجه:

أحدها: [أن لا] يكون عليها ضرر في المعالجة، ولا عيب بالإصابة بعد العلاج.

والثاني: أن يكون عليها ضرر في المعالجة، وفي الإصابة عيب.

والثالث: أن يكون عليها ضرر في المعالجة، ولا عيب في الإصابة.

والرابع: ألا ضرر عليها في المعالجة، وفي الإصابة عيب.

---

(١) في ع، هـ: يقطع.

فإن كان لا ضرر عليها في معالجة الداء وقطعه ولا عيب يستضر به الزوج في الإصابة بعد العلاج: فالقول قول من دعى منهما إلى القطع والعلاج، ويجبر عليه من أباه منهما.

فإن طلق الزوج بعد رضاها بالعلاج وقبل أن تفعل: لزمه نصف الصداق.

فإن كرهت العلاج، فطلقها الزوج لأجل ذلك: فلا شيء لها؛ لأنه لأجل العيب طلق.

فإن كان عليها ضرر في المعالجة وفي الإصابة [عيب][1] بعد ذلك: كان لكل واحد منهما مقال.

فلها أن تأبى من العلاج إن دعا إليه الزوج للضرر اللاحق بها.

وله ألا يرضى، وإن رضيت بالعلاج لأجل بقاء العيب.

فإن كان عليها ضرر في المعالجة، ولا عيب في الإصابة [بعده كان الخيار للمرأة دون الزوج.

فإن رضيت بالعلاج سقطت مقالته وإن كرهت فارق ولا شيء عليه.

فإن كان لا ضرر عليها في القطع والعلاج وفي الإصابة][2] بعد ذلك [عيب][3]، كان المقال له دونها، إن أحب ألزمها القطع، وإن أحب فارق، ولا شيء عليه.

وإذا رد الزوج المرأة بشيء من هذه العيوب، فينظر:

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

فإن كان قبل البناء: فلا شيء لها من الصداق ولا نصف ولا غيره.

وإن كان بعد البناء: فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون الغرور منها.

الثاني: أن يكون من وليها.

فإن كان منها، فإنها ترد جميع الصداق، إلا ربع دينار.

فإن كان الغرور من وليها، فالأولياء في ذلك على ثلاثة أوجه:

[**وجه**]: يحمل فيه جميعهم على العلم بها.

ووجه يحمل فيه جميعهم على الجهل بها.

ووجه يحمل فيه بعضهم على العلم دون بعض.

فأما الوجه الذي يحمل فيه جميعهم على العلم بعيوبها كالجنون والجذام، والبرص إذا كان بموضع لا يخفى من جسدها، كالوجه والذراع والساق، لأن هذه العيوب لا تخفى على الأقارب والجيران، بل لا تخفى على الأباعد؛ لأن الحديث عنه من نساء الأقارب يكثر، حتى ينمو العلم بها إلى الأجانب، فيكون الرجوع في هذا الوجه على الولي دون الزوجة.

وأما الوجه الذي يحمل فيه جميع الأولياء [على][1] الجهل، مثل العيوب الكامنة في الفرج، التي لا يتأتي الاطلاع عليها لأحد من الأولياء حتى الأب، مثل أن يكون العيب لا يتميز للأم أو تكون لا أم لها، لموتها قبل ظهور ذلك العيب أو يكون الأب ممن لا ترفع إليه الأم [مثل ذلك][2]، وإن عاشت لقدره وسؤدده، ففي هذا الوجه يكون الرجوع عليها، لكون

---

(١) في أ، جـ: في.

(٢) سقط من أ.

الغرور من جهتها دون سائر الأولياء.

وأما الوجه الثالث: وهو الذي يحمل فيه بعضهم على العلم وبعضهم على الجهل، كالعيوب التي تواريها الثياب، فهذا مما لا يحمل الأب والأخ على العلم فيه دون سائر الأقارب، وما ذلك إلا لمخالطتهما إياها في الدار، وقلة احتراسها والتحفظ عنهما في كل الأزمان، ولابد لا من غفلة: يكون للزوج الرجوع [عليهما][1] بالصداق إذا عثر على ذلك بعد الدخول، ولا يصدقان إن ادعيا الجهل بذلك.

وإن كان الغرور من جهة الولي، وكان معسرًا، هل للزوج الرجوع عليها أم لا؟ **قولان**:

أحدهما: أنه لا رجوع له عليها، إذ لا يجب عليها أن تخرج فتخبر بعيبها، ولا أن ترسل به إليه، وهو قول مالك.

والثاني: أن للزوج الرجوع [عليها][2]، في عدم الولي، ثم لا ترجع عليه هي غرمت [ق/ ١٤ هـ]، وهو قول ابن حبيب؛ لأنها مدلسة بالعيب.

فإن كان [الولي] ممن يمكن أن يعلم بالعيب ويمكن ألا يعلم به، كالعم وابن العم أو هو من العشيرة، فادعى الزوج عليه العلم بالعيب، فأنكره أن يكون قد علم به، فقد اختلف فيه على قولين:

أحدهما: أن الولي يحلف، فإن نكل الزوج أنه علم وغر فيما استقر عنده، فإن نكل فلا شيء على الولي ولا على المرأة [لأنه قد][3]، أسقط

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

تباعته على المرأة بدعواه على الولي، وهو قول ابن المواز في كتابه.

والثاني: أنه إن حلف الولي [ق/ ١٢٧ج] رجع الزوج على المرأة، وكذلك إن نكل عن اليمين فللزوج أن يرجع على الولي، ويرجع الولي عليها؛ لأن سلعته المبيعة قد ردت بعيب، وهي مدلسة معه، وإن قدمت إليه في أن يعلم بعيبها، فلم يفعل، رأيت أن يرجع عليها بما بين الصحة والداء وليس [لها][١] أن تبيع معيبا وتأخذ الثمن كاملا، وهو قول ابن حبيب.

فإن كانت العيوب بهما جميعا الزوج والمرأة، فاطلع كل واحد منهما من صاحبه على عيب، وكان ذلك العيب من جنس عيب صاحبه أو [مخالفه][٢]، كان لكل واحد [منهما][٣] القيام بما اطلع عليه ويظهر له.

والجواب عن القسم الثاني: وهو ما لا يوجب الرد من العيوب إلا أن يشترط السلامة، مثل أن يصيبها عمياء أو عوجاء أو مقعدة أو شلاء أو قد ولدت من الزنا أو وجدها بغية أو وجدها ثيبًا أو سوداء أو ما أشبه ذلك، فلا خلاف في المذهب عندنا أن الزوج لا رد له ولا مقال إلا أن يشترط السلامة.

فإذا اشترط السلامة، ثم وجد خلاف ذلك، كان له الخيار.

فإن اشترط البكارة، فلا يجوز له الإقدام على الدخول إلا على أمر ثبت عنده، مثل أن ينظر إليها النساء، فإن قلن: إنها قائمة البكارة، فلا يقبل للزوج كلام بعد ذلك.

(١) سقط من أ.
(٢) في ع، هـ: مخالف له.
(٣) سقط من أ.

وإن قلن: إنها [ذاهبة البكارة][١]، كان [ق/ ٢٢ ع] الزوج بالخيار في ذلك، ولا أظنهم يختلفون في قبول قول النساء في هذا الوجه، وقبول شهادتهن إذا كن ممن تجوز شهادتهن، بخلاف مسألة «إرخاء الستور»، ومسألة «كتاب الرجم».

فإن اشترط البكارة، ودخل بها، وقال: وجدتها ثيبا، فلا يقبل قوله، ولها عليه جميع الصداق.

واختلف إذا صدقه الأب أنها قد زالت بكارتها، فأخذ الزوج جميع الصداق، هل للأب أن يسترجعه من الزوج؟

على قولين:

أحدهما: أن للأب أن يسترجع منه جميع الصداق، ولا شيء للزوجة، وهي رواية أصبغ عن أشهب في «العتبية»، وظاهر قوله أنه لا شيء للزوج على الأب ولا على الزوجة.

والثاني: أنه لا يكون للأب الرجوع على الزوج [بشيء][٢] من وجهين:

أحدهما: أنه شرط أنها بكر.

والآخر: لو لم يشترط، فإن للأب رد الصداق طائعًا، فليس جهله حجة ولا يصدق، ويحمل على أنه أراد الستر، وصار كالفرية وترجع به المرأة على الأب، وهو قول أصبغ في الكتاب المذكور.

والجواب عن القسم الثالث: وهو المختلف فيه، هل هو من العيوب

---

(١) في أ: ذهبت البكارة منها.

(٢) سقط من أ.

التي توجب الرد مع الجهل به أو من العيوب التي لا توجب الرد إلا أن يشترط السلامة؟ وذلك في أربع: السواد، والقرع، والبخر في الفم، والخشم، وهو نتن الأنف، فقد اختلف فيه المذهب على قولين:

أحدهما: أنها لا ترد بشيء من ذلك، وهو ظاهر قول مالك.

والثاني: أنها ترد من السواد، إذا كانت من بين لا سواد فيهم، وهو كالشرط.

وترد بالقرع؛ لأنه مما يستتر [باللفافة][1]، وهو قول ابن حبيب.

وترد أيضا من بخر الفم والخشم وهو ظاهر قول مالك في «مختصر ما ليس في المختصر»، وفي «كتاب ابن الجلاب»، لأنه نص هناك على أنها ترد من نتن الفرج، فبأن ترد من بخر الفم والخشم أولى لقرب مضرته وبعد الآخر.

وسبب الخلاف: اختلافهم في قول عمر ﷺ: ترد المرأة من أربعة، هل ذلك لمعنى أو لا لمعنى؟

فمن رأى أن ذلك لمعنى قال: بجواز القياس عليها.

ومن رأى أن ذلك لغير معنى قال: لا يجب له الرد من سوى الأربعة إلا أن يشترط السلامة، والحمد لله وحده.

---

(١) في ع، هـ: بالعمامة.



كتاب النكاح الثاني



كتاب النكاح الثاني

بسم الله الرحمن الرحيم

[وصلى الله على محمد](١).

تحصيل مشكلات هذا الكتاب [وهي](٢) ست عشر مسألة:

المسألة الأولى
في اجتماع نكاح وبيع

اختلف أرباب المذهب في النكاح والبيع، هل يجوز اجتماعهما في العقد أم لا؟ مثل أن يزوج الرجل المرأة بمائة دينار على أن أعطته عبدًا أو دينارًا أو تزوجها بعبد أو دار على أن أعطته دنانير أو دراهم.

ولا شك ولا خفاء أن الذي أصدقها الزوج وسماه بعضه ثمن البضع، وبعضه عوض عما أعطته الزوجة، والقدر الذي [هو](٣) عوض للبضع مجهول في الحال.

واختلف المذهب عندنا في جواز العقد ابتداء، على قولين قائمين من المدونة:

أحدهما: أن العقد الواقع على هذا [الوجه](٤) صحيح، لا وهم فيه، وهو قول أشهب، وهو ظاهر قول ابن القاسم في مسألة الموضحتين في كتاب الصلح من «المدونة»، لأنه قال هناك: إن النقص المصالح به ينقسم

(١) سقط من أ.
(٢) زيادة من ع، هـ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ، جـ: النعت.

بين الموضحتين على نصفين، فساوى فيه بين المعلوم الذي هو دية الخطأ، والمجهول الذي يعود به العمد، فكذلك ينبغي أن يكون الحكم عنده في النكاح والبيع.

فينقسم الذي سماه الزوج على البضع والعبد الذي أعطته المرأة، على نصفين.

فما ناب السلعة فمعلوم؛ لأن قيمتها معلومة، وهي كجناية الخطأ.

وقيمة البضع مجهولة، وهي كجناية العمد.

فهذا الذي قلناه لازم لابن القاسم.

فإن جعلناه من باب جمع السلعتين في البيع جاز أيضا، إذ لا خلاف أعلمه في المذهب نصًا أنه يجوز الجمع بين السلعتين في البيع إذا كانا لملك واحد، اتفقت قيمتهما أو اختلفت، إلا متأولا وذلك أن المرأة جمعت بين بضعها [وعبدها][1] في صفقة واحدة، فباعت الجميع بمائة دينار.

والقول الثاني: أن العقد لا يجوز، فإن وقع ونزل هل يفيته العقد [ق/ ١٤٨أ] أو لا يفيته إلا بالدخول؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال**كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنه يمضي بالعقد، وإنما منع ابتداء حماية، وهو أحد قولي مالك في وجه الشغار وصريحه، وما كان صداقه فاسدا في لزوم الطلاق وثبوت الميراث، وهو نص قول مالك في «ثمانية أبي زيد».

والثاني: أنه يفوت بالدخول أو يكون لها صداق المثل، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

(١) سقط من أ.

والثالث: أنه يوقف حتى ننظر، فإن بقي بعد قيمة السلعة ربُع دينار: فالنكاح جائز، وهو قول عبد الملك في «كتاب محمد»، ومثله للغير في «المدونة» في «كتاب النكاح الثاني» من «المدونة»، والزيادة المعتبرة عند الغير إنما هي يوم الصفقة، كذا فسرها ابن حبيب عن مطرف.

واختلف أئمتنا ـ رحمة الله ـ عليهم في العلة التي لأجلها منع [اجتماع](1) النكاح والبيع في صفقة واحدة:

فمنهم من يقول: العلة في ذلك تنافر العقدين وتضادهما؛ لأن البيع مبني على المكايسة والمشاحة، والنكاح مبني على المكارمة والمسامحة.

وكل عقدين متضادين وضعا: لا يجوز أن يجتمعا شرعا، فعلى هذا يفسخ من غير اعتبار بالتسمية أن يكون سما لكل عقد منهما عوضا أم لا، خلاف ما ذهب إليه جماعة من مشايخ المذهب: في أنه إذا سمى حين العقد أو لم يسم ووقع الاختيار قبل الدخول، وعلم أنه أبقى للبضع ما تستحل به السلعة: أنه جائز على كل الأقوال.

ومنهم من قال: العلة في ذلك [عرو](2) البضع [عن](3) الصداق، وإن استغرقت السلعة جميع ما سمي الزوج من الثمن أو يجهل ما وقع للبضع منه، على قول من يقول بالوقف.

وقد أجرى الشيوخ العمل في المسألة على قول الغير على الاختلاف في عمل مسألة الموضحة.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ع، هـ: خلو.

(٣) في ع، هـ: من.

وقول الغير: في هذه المسألة [يضاهي][1] قول المخزومي في «مسألة الموضحتين»، وذلك أنه جعل العوض كله للمجهول إلا ما نقص [منه][2] المعقود، وهكذا يظهر مراد الغير في مقتضى قوله في مسألة النكاح والبيع إذا تدبرته. والحمد لله وحده [وصلى الله على محمد وآله][3].

(١) في هـ: أيضا هو.
(٢) سقط من أ.
(٣) زيادة من ب.

المسألة الثانية
في النكاح بصداق فيه غرر

مثل أن يتزوجها على عبد آبق، أو بعير شارد، أو جنين في بطن أمه، أو على ثمرة لم يبد صلاحها ، أو على خمر أو خنزير ، أو دار فلان ، أو بمال على غائب، أو بصداق إلى أجل مجهول:

فلا خلاف عندنا في المذهب أنه لا يجوز الإقدام على هذا ابتداء، فإن وقع ونزل ما الحكم فيه؟

فالمذهب على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنه يمضي بالعقد من غير اعتبار الدخول، ولا يدخل حتى يفرض لها صداق مثلها، فإن دخل بها: كان لها صداق مثلها، وإن طلق قبل البناء: فلا شيء عليه من الصداق كالتفريض، وهذا أحد الأقاويل، وهو ظاهر قوله في «المدونة» في «كتاب النكاح [الأول][1]»، وقد بيناه كل البيان في «مسألة الشغار».

والثاني: أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده، ويكون لها صداق المثل، وهو نص قوله في «المدونة».

الثالث: أنه يفسخ قبل البناء وبعده، وهو قول مالك في «كتاب محمد» وغيره، وهو أحد قوليه أيضا في «المدونة» فيما كان فساده في صداقه.

على هذه الأقوال كلها فإن المرأة ترد ما قبضت مما سمى لها من الغرر والمجهول إن قبضته.

---

(١) سقط من أ.

فما كان قائمًا بعينه لم يفت فإنها ترد عينه.

وما كان فائتا فإن كان فواته من سببها: فإنها ترد المثل فيما [ق/ ٢٣ع] له مثل وترد قيمة ما ليس له مثل، والقيمة في ذلك يوم القبض.

فإن كان الفوات من غير سببها، كذهاب العين أو الفوات بحوالة الأسواق فقيل: يكون الضمان منها أو من الزوج؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أن الضمان منها، وهو نص الكتاب.

والثاني: أن الضمان منه، ولا شيء [له][1] عليها وهو قول ابن حبيب، كما لو طلقها قبل البناء والصداق غرر [على][2] أن الطلاق يلزم على مشهور المذهب.

واختلف المذهب في النكاح الصحيح، متى تستحق فيه المرأة الصداق؟، على ما سنعقد فيه مسألة مفردة إن شاء الله تعالى بعد هذا، فكيف في النكاح الفاسد؟

وقوله في «الكتاب»: إلا أن يقبض الجنين بعدما ولد، ثم قال: ويحول في يدها باختلاف الأسواق أو نماء أو نقصان، يفيد أن بيع التفرقة، يفيته حوالة الأسواق، وقد نبه عليه بعض المتأخرين، والذي قاله صحيح ظاهر.

وأما الثمرة التي لم يبد صلاحها، فلا تخلو من وجهين:

أحدهما: [أن يعقدا][3] في ذلك على الجد.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ، جـ: أن العقد.

والثاني [ق/ ١٥ هـ]: أن يعقدا فيه على البقاء، فإن عقدا فيها على الجذ، مثل أن يتزوجها على ثمرة لم يبد صلاحها على الجذ، فإن جذتها في الحال: فالنكاح جائز والصداق صحيح.

وإن تأخرت عن الجذاذ حتى طابت الثمرة، لم يفسخ النكاح وإن لم يدخل؛ لأن العقد وقع على نعت الجواز، إذ لا يتهمان أن يكونا عملا على ذلك، ويفسخ النكاح وترد [الثمرة](1) للزوج، ما عرفت مكيلته ردت فيه، وما جهلت فيه المكيلة ردت قيمته يوم قبضه، ولها على الزوج قيمة ذلك البلح مجذوذًا قيمته يوم النكاح.

وهكذا نقل أبو محمد بن أبي زيد في «النوادر» ولم يذكر قائله.

فإن عقد فيها على البقاء، فها هنا يكون النكاح فاسدًا على الخلاف الذي قدمناه.

ثم لا تخلو الثمرة من أن تكون مقبوضة أو غير مقبوضة:

فإن [قبضته] المرأة، فإنها تردها على الزوج إن كانت قائمة بعينها.

فإن فاتت، فإنها ترد المكيلة، إن عرفت، أو القيمة إن جهلت المكيلة.

فإن جذتها [في الحال](2) رطبا: فإنها ترد القيمة ويقبل قولها فيما أقرت به من المكيلة.

فإن لم تقبضها الزوجة حتى تلفت على الشجر، فلا ضمان عليها، والضمان في ذلك [ق/ ١٢٨جـ] على الزوج، وهو قول ابن القاسم في «الكتاب»، حيث قال: وهذا في غير الثمرة التي لم يبد صلاحها على الرواية الصحيحة، وفي بعض روايات «المدونة» قال سحنون: وهذا في غير

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

الثمرة التي لم يبد صلاحها.

والفرق بين الثمرة وغيرها: أن الثمرة في أصول البائع، فلا يتهيأ فيها للمشتري قبض.

وإذا لم يتهيأ له ذلك حتى فاتت لم يتعلق به ضمان، بخلاف ما جذت منها وحصل في ضمانها.

وقوله: وعليها ما جذت من الثمرة وما حصدت من [الحب](١) فألزمها رد المكيلة فيما بيع جزافًا بيعًا فاسدًا، ولم يجعل حوالة الأسواق فيه فوتًا.

وذهب بعض الشيوخ إلى أن ذلك خلاف لما في «كتاب ابن الموَّاز» في أن المكيل والموزون إذا بيعا جزافًا بيعًا فاسدًا: أن حكمه حكم العروض، وذكروا أن قوله اختلف هناك، والذي قاله في «المدونة»، [وهو](٢) أحد قوليه، وهذا كله غرر.

وأما إذا كان بعضه غرر وبعضه صحيح، مثل أن يتزوجها بدراهم وبثمره لم يبد صلاحها **أو** بمال بعضه نقدا وبعضه [مؤجل](٣) إلى أجل مجهول: إن رضيت المرأة بإسقاط الغرر وأخذ الصحيح منه: لم يفسخ قبل البناء إذا كان في الصحيح [منه](٤) رُبع دينار فصاعدًا [وإن لم ترض بذلك فسخ ما لم يبن بها وكذلك أن رضيت بإسقاط المؤجل وكان في المعجل ربع دينار فصاعدًا أو رضي الزوج بتعجيل المؤجل أو تراضيا جميعا على](٥).

(١) في ع، هـ: المكيلة.
(٢) في ع، هـ: فهذا.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

أن جعلا بدلا مما يسمى من الغرر شيئًا معلومًا صحيحًا، تم النكاح.

ولو لم يكن مع الغرر شيء وتراضيا بإسقاطه على أن يجعلا بدله صداقًا صحيحًا قبل البناء، فلا يجوز ذلك ولابد من فسخه على القول بأنه لا يفوت بالعقد.

وأما على القول بأنه يفوت بالعقد فلا إشكال في صحته وجوازه [والحمد لله وحده][1].

(١) زيادة من ع، هـ.

المسألة الثالثة

في الصداق إذا [استحق](١) أو وجد به عيبا

[فإذا](٢) تزوجها على صداق ثم وجدت به عـيبا، مثل: أن يتزوجها على قلال خل، [فوجدتها](٣) خمرًا أو على عبد فاستحق أو وجدت به عيبا:

فـإذا تزوجهـا على قلال خل، [فوجـدتها](٤) خمـرًا أو على عـبد فاستحق بحرية، فلا يخلو من أن يعثر على ذلك قبل البناء أو بعده:

فإن عثر على ذلك قبل البناء، هل يصح النكاح أو يكون فاسدًا؟

قولان قائمان من «المدونة»:

أحدهما: أن النكاح صحيح، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثـاني: أن النكاح فاسد، وهو قول سحنون في العبد والخمر، وقول محمد بن عبد الحكم في الخمر، وهـو ظاهر «المدونة» في غير ما موضع إذا تزوجها على صداق فاسد من غير اعتبار بالعقد.

وسـبـب الخـلاف: اختلافـهم في الأمر إذا وقـع موقع السـداد، ثم [انكـشف](٥) على الفساد، أو وقع موقع الفـساد، ثم انكشف عن السداد،

---

(١) سقط من هـ.

(٢) في أ، جـ : أو.

(٣) في ع، هـ: فأصابتها.

(٤) في ع، هـ: فأصابتها.

(٥) في أ: تكشف.

هل يستصحب معه حالة الابتداء أو تستصحب معه حالة الانتهاء؟

ومثل الأول ما ذكرناه في أصل المسألة.

ومثل الثاني إذا وقع موقع الفساد ثم انكشف عن السداد، مثل أن يتزوجها على قلال خمر فوجدتها خلا أو تزوجها على أنها في عدة ثم تبين أنها في غير عدة أو تزوج امرأة رجل غائب على أنها باقية في عصمته، ثم تبين أنه مات قبل ذلك وانقضت العدة، وأمثلة ذلك كثيرة.

فعلى القول بأن النكاح جائز إذا كان قبل البناء، وعثر على ذلك بعد البناء على القولين هل ترجع على الزوج بالمثل في الخل أو بقيمة؟ المذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أنها ترجع عليه بالمثل، لأن ذلك مما يتوصل إلى معرفة مقداره بملء القلال بعد تطهيرها إن تطهرت أو معرفة قدر ما تحمل من الماء ثم تطهر به، ثم يكال ذلك الماء، ويدفع لها الزوج من الخل قدره، وهو ظاهر «المدونة»، حيث قال: إنها ترجع [بالمثل](١) فيما يوجد مثله.

والثاني: أنها ترجع عليه بقيمة الخل لا بالمثل، لأنها على الجزاف دخلت لا على الكيل، لأن الكيل إنما يكون بالقسط، والمكايل التي جعلها الوالي للناس في الأسواق لا بالقلال والجرار، وهو قول سحنون، وهو تأويل بعض المتأخرين على «المدونة»، وحملوا قوله في «الكتاب»: وتأخذ مثله [إذا كان يوجد مثله](٢) أو قيمته إن كان لا يوجد مثله على التفصيل والتقسيم، أي: إن كان [ق/ ١٤٩أ] على الكيل فمثله أو على الجزاف فقيمته.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

وقال بعضهم: إن كان اشترط الكيل، فلابد من المثل وإن كان لم يشترطه: فهو من باب الجزاف لكونه يتوصل إلى معرفة حقيقته، فلا معنى للقيمة.

وقال آخرون: بل الصواب القيمة إذا وقع العقد على ما لا يصلح العقد فيه، إلا أن يقال : إن مثل ذلك لا يراد لعينه، حتى لو استحق لزم البائع أن يأتي بمثله كالدنانير.

والخلاف في هذه المسألة ينبني على الخلاف في المكيل والموزون، هل يراد لعينه كالعروض أو يراد لغرضه [كالدنانير والدراهم؟

فمن رأى أن المكيل والموزون مراد لعينه، فيقول في ذلك بالقيمة، لأن الأغراض تتعلق بالأعيان لخصائص الصفات.

ومن رأى أنه مراد لغرضه][1]، قال في ذلك بالمثل، لأن مثل الشيء يقوم مقامه ويَسُدُّ مَسَدَّه.

والقولان في المذهب منصوصان قائمان من «المدونة»، وقد قال في «كتاب الوديعة» فيمن أودعت عنده فاستسلفها ثم ادعى الرد والتلف، فإن كان التلف بعدما ردها، فقال : إن كانت الوديعة دنانير أو دراهم أو مكيل أو موزون فالقول قوله، وإن كانت من غير المكيل والموزون فلا يقبل قوله في دعوى الرد.

وذلك جنوح منه إلى أن المكيل [ق / ٢٤ع] والموزون مراد لغرضه لا لعينه.

فافهم هذا فإنه أصل يبنى عليه كثير من مسائل «المدونة»، مثل اختلافهم

---

(١) سقط من ب.

في النقود، هل تتعين [لذي][١] العقود أم لا؟، والعروض هل يقضي بها بالمنكر في الاستهلاك أم لا؟، وغير ذلك مما لا يُحصى كثرة.

وقد اعترض بعض حُذَّاق المتأخرين على هذا السؤال باعتراض لازم يتعذَّر الانفصال عنه كما يجب، أعني: سؤال الخل أو وجد خمرا، وقال: فانظر النكاح على هذه القلال، وقد قال بأعيانها.

فإن كانت حاضرة، فكيف لم يوقف عليها حتى يعلم هل خمراً أو خلاً، والصفة مع حضورها في المجلس لا تصح على رأى محمد في جواز بيع الثوب المطوي في جرابه.

وإن كانت غائبة عن المجلس، حاضرة في البلد، وقدر إياها قبل ذلك، على الخلاف المشهور في جواز البيع على هذا النعت أيضا، أو كانت غائبة عن البلد ، فاشتريت على صفة أو رؤيت متقدمة .

فالمسألة على هذين الوجهين ممنوعة أيضًا، إذ لا يرجع الخل خمرًا أبدًا، فالاعتراض واقع جدًا، غير أن المعترض به انفصل عنه بانفصال لا يرفع شغب الاعتراض قال: يحتمل أن تكون القلال حاضرة بأعيانها ورأياها وظناها خلاً مما يشتبه عليهما في أعلاها من الغبار الذي يعلوه أو شبه عليهما بالرائحة التي فاحت منها عند فتحها ثم استبان بعد ذلك أنها خمراً.

أو تكون جماعة قلال اطلع على بعضها وهو خل، فحمل بقيتها على ذلك، فإذا هي لم تخلل أو كانت [مغطاة][٢] أو مغلقة بما يعسر حله، ويخشى فسادها بحلها، فاستغنى بما اطلع عليه من غيره واستدل به على بقيتها، وهذا إذا وجد الصداق على صفة لا يجوز الرضا بها، كالخل يوجد

---

(١) في أ: إذا.

(٢) في ع، هـ: غير معقصة.

خمرًا أو عبدًا استحق لحرية، على ما قدمناه.

وأمـــا إذا وجدت به عيبـا مما يجوز لها الرضا به أو لولـيها إن كانت محجورًا عليها، فهل يرجع [بالقيمة][١] أو بصداق المثل إذا اختارت الرد أم لا؟ **فالمذهب على أربعة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:**

أحدها:ا ترجع بقيمة ما ردت من يدها، وهو نص «المدونة» في «كتاب النكاح»، وفي «كتاب الاستحقاق».

والثاني: أنها ترجع على الزوج بصداق المثل، قياسا على البيع؛ لأن من باع عرضـا بعرض، فاستحـق أحدهما أو وجد بـه عيبا: فإنه فـي العرض الذي خرج من يده إن كان قائمًا، أو بقيمـته إن كان فائتًا، فكذلك النكاح، وقد قال مالك في هذا «الكتاب»: أشبه شيء بالبيوع النكاح.

والثـالث: أنها ترجع على الزوج بمثل ما استحق من يدها إن كان عبدًا ترجع عليه بمثله، وهو قول ابن كنـانة في «كتاب المدنيين»، وهذا على أحد الأقوال: أن العـروض يقضي فيـها بالمثل، وهـذا القول قائم مـن «المدونة» و«كتـاب التجارة إلـى أرض الحرب»، وفي غـير ما مـوضع منهـا: أن من استهلك لرجل جلدًا: أن عليه شراء جلده أي مثله، والجلدة: عرض من العروض.

ويؤخذ أيضا مـن كتاب «تضمين الصنَّاع» مـن قول [الغير][٢] فـــي الغزل: إن على الحائل مثله، خلافاً لقـول ابن القاسم الذي قال فيه: عليه القيمة كما لو استهلك ثوبا.

---

(١) في أ، جـ: على القيمة.

(٢) سقط من أ.

والقول الرابع: التفصيل بين أن يكون ذلك قبل البناء أو بعده، فإن كان قبل البناء فسخ النكاح، وكانت هي أحق بسلعتها.

وإن كان بعد البناء فلها صداق المثل قياسا على البيع أيضا، وهذا القول مخرج غير منصوص فيما رأيته.

فوجه القول الأول: أنها ترجع بقيمة ما خرج من يدها [لأن العرض الذي رضيت به بدلا عن بعضها فإذا خرج من يدها][1] باستحقاق أو رد بعيب، فقيمته تقوم مقامه؛ لأن الرجوع إلى قيمة ما استحق من يدها أقرب من الرجوع إلى صداق مثلها؛ لأن القيمة معلومة وصداق المثل مجهول.

ووجه القول الثاني: أنها ترجع بصداق المثل، لاحتمال أن يكون رضاها بذلك العبد مثلاً عوضًا عن صداقها لغرض لها في عينه، فإذا استحق من يدها أو ردته بعيب فقد فات لها مقصودها، ولم يحصل لها غرضها، فوجب لها أن ترجع إلى قيمة سلعتها الذي هو صداق المثل بالغا ما بلغ.

وقد تكون قيمة العبد الذي رضيت به أقل من صداق المثل، لكنها اغتفرت في ذلك لغرضها في عين العبد.

وعلى هذا الأصل أسس مالك ـ رحمه الله ـ قاعدة المذهب في البيوع.

ووجه القول الثالث: أنها ترجع بمثل ما استحق من يدها [ق/ ١٦هـ]، وذلك منه بناء على أحد أمرين:

إما أنه [بنى][2] على أحد قولي المذهب أن العروض مرارة لأغراضها، وهو قول ضعيف في المذهب.

وإما على أن النكاح يسامح فيه ما لا يسامح في البيع، ألا ترى أنه

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

جوزه على عبد غير موصوف، وعلى شوار بيت: وذلك لا يجوز في البيع باتفاق، وهذا الوجه أشبه [من الأول] [١].

ووجه القول الرابع: أنه إذا كان قبل البناء فسخ النكاح؛ لأن العوض الذي عليه عاوضت، لم يحصل لها على مرادها وسلعتها بيدها إلى الآن لم تفت، فكانت أحق بها كالبيع، وهذا قول قياسي. وربك أعلم [والحمد لله وحده][٢].

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من ع، هـ.

المسألة الرابعة
في الحطيطة من الصداق على
شروط اشترطتها المرأة على الزوج

مثل أن يتزوجها على صداق مسمى، فوضعت منه على ألا يتزوج عليها أو على ألا يخرج بها من بلدها وغير ذلك مما كان مباحًا للزوج أن يفعله.

ولا يخلو ذلك من وجهين [ق/ ١٢٩جـ]:

أحدهما: أن تكون الحطيطة والشرط في عقد النكاح.

والثاني: أن يكونا بعد العقد.

فإن كان ذلك في عقد النكاح، فرضيت بمائة على ألا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها، ففعل شيئا مما شرطت عليه ألا يفعله، هل ترجع عليه بما وضعت أو لا ترجع؟ فلا تخلو الوضيعة من أن تكون مما ناف على صداق المثل أو من صداق المثل.

فإن كانت الوضيعة مما ناف على صداق المثل، فاتفاق المذهب على أنها لا ترجع عليه بشيء.

وإن كانت الوضيعة من صداق المثل، فقولان منصوصان في «المدونة»:

أحدهما: أنها لا ترجع عليه بشيء، وهو قول ابن الموّاز.

والثاني: أنها ترجع عليه بما وضعت ، وهو قول علي بن زياد، وفي بعض نسخ «المدونة»: أن ذلك قول علي نفسه، وفي بعضها: أنها رواية عن

مالك، وقد ذكر سحنون آخر [الكتاب][(١)] أنها رواية ابن نافع عن مالك.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الشروط في النكاح بمثل ذلك، هل يجب الوفاء بها أو يستحب؟

فمن رأى أنه يجب الوفاء بها قال: لها الرجوع على الزوج بما وضعت، وإلى أن الوفاء بها واجب ذهب ابن شهاب وغيره.

ومن رأى أن الوفاء بها مستحب ليس بواجب قال: لا ترجع على الزوج بشيء؛ لأن الصداق ما وقع به النكاح.

فإن كان الشرط والوضيعة بعد العقد، [مثل أن يعقد النكاح بينهما على مائتي دينار ثم وضعت عنه بعد العقد][(٢)] مائة على أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى أو لا يخرجها من بلدها، فهل يجوز [هذا][(٣)] الشرط ابتداء أو لا يجوز؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أن ذلك جائز اشتراطه والمعاوضة [عليه][(٤)] جائزة أيضا، ولها الرجوع على الزوج بما وضعت عنه، إن لم يف لها بشرطها، وهذا قول ابن القاسم في «المدونة»، واتفق فيه ابن القاسم وعلي بن زياد؛ لأنه جعل لها الخيار في ذلك ولا يكون الخيار بين الفعل والترك إلا فيما يجوز فعله.

والقول الثاني: أن ذلك لا يجوز اشتراطه بشرط الوضيعة [ق/ ٢٥ع]، لأنه من تحريم ما أحل الله، وأن الذي أعطته على مذهبه في «المدونة»: إن

(١) في أ: الباب.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

وفى بشرطها صح له، وإن لم يف رده، فمرة يكون بيعا، ومرة يكون سلفا، وهذا قول ابن كنانة ومثله في «المختصر» و«السليمانية» و«المبسوط» و«المدونة»، وقد [وقع][١] مثل هذا في غير ما موضع من «المدونة».

وقد وقع في هذه المسألة سؤالان، اختلف المتأخرون فيهما، هل ذلك اختلاف سؤال أو ذلك اختلاف أقوال ؟

وذلك أنه قال: فيمن تزوج امرأة على ألف، فإن كانت له [أخرى][٢] فصداقها ألفان، فقال: لا يجوز هذا النكاح لأنه غرر [ولا تدري][٣] هل عنده امرأة أخرى في حين العقد، فيكون صداقها ألفان أو ليست عنده فلا يكون صداقها إلا ألف واحدة، فهذا من الغرر كالعبد الآبق والبعير الشارد.

ثم قال في سؤال آخر بعده: فإن تزوجها بألف على [أنه][٤] إن أخرجها من بلدها فصداقها ألفان، قال: لا شيء عليه [وله][٥] أن يخرجها، ولا شيء لها غير الألف.

فذهب بعضهم إلى أنه اختلاف سؤال قال: والفرق بينهما أن الأولى لا تدري وقت العقد، هل عنده امرأة أخرى [فيكون صداقها ألفان][٦] أو ليست عنده، فيكون لها ألفًا واحدًا.

وأما الثانية فصداقها ألف واحد، لا شيء لها غيره، حتى يحدث عقدًا آخرًا على امرأة أخرى، فعند [ق/ ١٥٠أ] ذلك يكون لها ألفا أخرى،

---

(١) في ب: منع.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

وإلى هذا ذهب فضل بن سلمة.

وذهب هو وغيره أيضًا إلى أن ذلك اختلاف قول، فإن السؤالين سواء، وترجع المرأة في جميعهما إلى أنها لا تدري، هل صداقها ألف أو ألفان؟ وهذا التأويل أسعد بظاهر الكتاب.

وذهب الشيخ أبو عمران الفاسي [رضي الله عنه] (١) إلى أن قوله في هذه المسألة لا شيء عليه، أي: لا يقضى عليه بهذه الزيادة؛ لأنه خرج منه مخرج اليمين، لا مخرج التبرع [والتقرب] (٢) الذي يقضى به.

وتأويل فضل [بن سلمة] (٣) في الوجهين أقرب من تأويل أبي عمران الفاسي [والحمد لله وحده»] (٤).

(١) زيادة من ع، هـ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) زيادة من ع، هـ.

المسألة الخامسة

في الأب إذا زوج ابنه أو ابنته وضمن الصداق

وإذا زوج ابنته وضمن صداقها، فلا يخلو من وجهين:

[أحدهما: أن يكون ذلك في صحته.

والثاني: أن يكون في مرضه، فإن كان ذلك في صحته فلا يخلو من وجهين] (١) :

أحدهما: أن يكون ذلك [بإذنها] في العقد.

والثاني: [أن يكون ذلك بعد العقد، فإن كان ذلك في العقد فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون ذلك بإذنها.

والثاني] : (٢) أن يكون ذلك بغير إذنها.

فإن كان ذلك بإذنها، فلا يخلو الأب من وجهين:

أحدهما: أن يكون حيًّا.

والثاني: أن يكون ميتًا.

فإن كان حيًّا، فلا يخلو من أن يكون موسرًا أو معسرًا.

فإن كان الأب موسرًا فللزوج الدخول، وترجع الزوجة على أبيها بصداقها تأخذه به إن كان نقدًا، أو تتبعه به إن كان إلى أجل، غير أن الزوج

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

يستحب له إذا كان الصداق إلى أجل: ألا يقدم على الدخول حتى يقدم ربع دينار مخافة مما يطرأ، فيؤدي ذلك إلى استباحة البضع بغير صداق.

فإن كان الأب معسراً ، فلا يخلو من أن يكون الصداق نقدًا أو إلى أجل.

فإن كان الصداق نقدًا ، فالزوج مخير بين أن يدفع الصداق من ماله ويدخل، أو يطلق ولا شيء عليه:

فإن أدى الزوج الصداق، ودخل: كان له الرجوع على الأب، ويتبعه متى أيسر.

فإن اختار الطلاق وطلق، هل تتبع أباها بنصف الصداق متى أيسر أو لا تتبعه بشيء؟ **فالمذهب على قولين**:

أحدهما: أنها تتبع بذلك ذمة أبيها [متى] [1] ظهر له مال، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: لا تتبعه بشيء، وهو قول ابن نافع.

ووجه قول ابن القاسم: أنها مطلقة قبل البناء، فكان لها أن تتبع بنصف الصداق من كان لها أن تأخذه بجميع الصداق ولو وقع البناء أصل ذلك الزوج.

ووجه قول ابن نافع: أن الأب إنما ضمن الصداق بشرط استمرار النكاح، ووجود الاستمتاع، فإذا وقع الطلاق بسبب امتناعها عن [إمكان][2] الزوج من الدخول ، كان ذلك خروجا عن مقصود الأب، بخلاف الزوج إذ

---

(١) في أ، جـ: مهما.

(٢) سقط من أ.

السبب هناك من جهته.

فإن كان الصداق إلى أجل، فللزوج الدخول، وتتبع الزوجة أباها بالصداق إذا حل الأجل، غير أنه يستحب له أن يقدم [لها](١) ربع دينار قبل أن يدخل كما قدمناه.

فإن كان الأب ميتا، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يموت بعد البناء.

والثاني: أن يموت قبل البناء.

فإن مات بعد البناء: فلا شيء لها على الزوج من الصداق، وإنما ترجع على ذمة أبيها.

فإن ترك لها ذمة: أخذت منها صداقها.

وإن لم يترك شيئا: فلا شيء لها.

وإن مات قبل البناء، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يترك ما فيه وفاء الصداق.

والثاني: أن يترك دون الوفاء.

والثالث: ألا يترك شيئا أصلاً.

فإن ترك مالاً فيه وفاء أخذت منه جميع صداقها، مؤجلاً كان أو معجلاً، ولا يقاصصها الورثة بما أخذت من ميراثها، بل تأخذ صداقها من التركة، فإن بقي منها شيء أخذت منه ميراثها.

وإن ترك الأب دون الوفاء، لا يخلو صداقها حينئذ من ثلاثة أوجه:

---

(١) سقط من أ.

أحدها: أن يكون كله معجلاً .

والثاني: أن يكون كله مؤجلاً .

والثالث: أن يكون بضعه مؤجلاً وبعضه معجلاً .

فإن كان الصداق كله معجلاً : فلها أن تأخذ تركة أبيها، وتنفرد بها دون سائر الورثة، إذ لا ميراث [لها] (١) إلا بعد قضاء الدين، ثم لها أن تمنع نفسها من الزوج حتى تقبض بقية صداقها، فيكون الخيار للزوج إما أن يكمل لها بقية الصداق من ماله، فيدخل ويتبع بما دفع ذمة الأب مهما ظهرت.

أو يفارق.

وإن اختار [الفراق](٢)، فهل لها أن تحبس قدر نصف الصداق مما قبضت من تركة أبيها أم لا ؟ **على قولين** :

وقد قدمنا هما لابن القاسم وابن نافع ، اللهم إلا أن يكون على الميت دين، فإنها تحاصص الغرماء بجميع صداقها؛ لأنها من جملة غرمائه.

وإن كان الصداق كله مؤجلا، كان لها أن تقبض التركة وتتبع ذمة الأب بما بقي لها مهما ثبت له مال، ويكون للزوج الدخول ، ولا شيء لها عليه؛ لأنها على ذمة الأب دخلت.

وإن كان مديانًا حاصصت الغرماء أيضًا، كما قدمناه آنفًا.

وإن كان [الصداق](٣) بعضه معجلاً وبعضه مؤجلاً، مثل أن يكون

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ع،هـ: الطلاق.

(٣) سقط من أ.

الصداق مائة، وخمسون منها معجلة [وخمسون منها مؤجلة][1] فلا يخلو من أن يكون عليه دين أو لا دين عليه:

فإن لم يكن على الميت دين: فإنها تقبض التركة أيضا، فإن [كان][2] فيها ما بقي من المعجل: كان للزوج الدخول، وتتبع الأب بما بقي لها.

وإن لم يكن في التركة ما يفي بالمعجل كان الزوج مخيراً إن شاء كمل لها المعجل ودخل ، وإن شاء فارق.

وإن كان على الميت دين كان لها المحاصصة بجميع الصداق ، ما حل منه وما لم يحل ؛ لأن بموت الميت حلت [جميع] [3] الديون التي عليه.

فإن نابها في المخاصصة خمسون: فإنها تقبض على المعجل والمؤجل، فيكون منها للمعجل خمسة وعشرون، ويخير الزوج بين أن يكمل المعجل فيدخل أو يفارق.

فإن كمله كان له أن يتبع ذمة الأب مهما ظهرت؛ لأنه فيها ودي، وتتبعه الزوجة بما بقي لها من المؤجل.

فإن اختار الفراق فلا شيء عليه.

واختلف في الخمسين التي أخذتها الزوجة في المحاصصة، هل يكون جميعها للزوجة أو تنقض المحاصة الأولى؟

على قولين:

أحدهما: أن المحاصة الأولى متنقضة، وأن الزوجة ترد مما قبضت

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.

خمسة وعشرين، وتضرب فيها مع الغرماء بما بقي لها، وهي خمسة وعشرون؛ لأنها تبين بالآخرة أن جميع دينها خمسون [ق/ ١٧ هـ].

والثاني: أنها لا ترد شيئا من الخمسين التي قبضتها، وأن المحاصة الأولى صحيحة لا ترد.

والقولان قائمان من «المدونة»:

وينبني الخلاف على الخلاف [ق/ ٢٦ع] في المرأة بماذا تستوجب جميع الصداق، هل بالعقد أو بالدخول أو ما يقوم مقامه من طول مكث؟

فمن رأى أنها لا تملك جميع الصداق إلا بالدخول، قال: ترد خمسة وعشرين من الخمسين التي قبضت.

ومن رأى أنها بالعقد تملك جميع الصداق قال: لا ترد شيئا.

فإن لم يترك الأب شيئا :

فإن كان الصداق كله معجلا أو بعضه مؤجل [وبعضه معجل][1]: كان الزوج بالخيار بين الفراق والدخول.

وإن كان الصداق كله مؤجلا كان للزوج أن يدخل بها، وتتبع ذمة الأب حيثما ظهرت.

وهذا كله إذا كان ذلك بإذن الزوجة ورضاها.

فإن كان ذلك بغير إذنها ورضاها، فلها ذمة الزوج، ولا تنتقل إلى ذمة الأب إلا أن تشاء.

فإن كان الصداق معجلا كله أو بعضه: فلها أن تمنع نفسها من الزوج

---

(١) سقط من أ.

حتى تقبض جميع صداقها أو ما حل منه.

فإن كان جميعه مؤجلاً فليس لها أن تمنع نفسها من الزوج حتى يحل الأجل، وكره للزوج أيضا أن يدخل حتى يقدم شيئا، فإن لم يفعل فلا شيء عليه، وهي رواية أشهب عن مالك في «كتاب ابن الموّاز».

فإن [عجل الزوج][(١)] ربع دينار ليدخل بها، فأبت حتى تقبض الجميع، فإنها تجبر على الدخول إلا أن يتراخى ذلك إلى حلول أجله، فلها أن تأبى ذلك حتى تقبض جميعه أو ما حل منه، وهو قول أشهب.

فإن كان ذلك بعد العقد، مثل أن يتزوجها رجل بصداق معلوم، ثم يضمنه الأب بعد العقد، هل لها أن تستوفي ذلك [ق/ ١٣٠جـ] من مال أبيها أو يكون الحكم فيه كما لو كان في العقد أو ليس لها في مال أبيها شيء؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أنه لا شيء لها في ذمة الميت، وإنما ترجع على الزوج بصداقها، فكأنه لم يتحمل به أحد، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب النكاح الثاني».

[**والثاني**][(٢)] أنها تأخذ صداقها من تركة أبيها إن ترك وفاء، وإن لم يترك شيئا: كان الحكم فيه كالحكم [الأول][(٣)] في [الوجه الأول][(٤)] إذا كان الضمان في العقد، وقد قدمناه وهو ظاهر قوله في كتاب الحمالات في قوله: ما زاد لك قبل فلان، فأنا به كفيل، فمات [قائل][(٥)] ذلك قبل أن

---

(١) في أ، جـ: بقي للزوج.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من ع، هـ.
(٤) في ع: الوجوه الأولى.
(٥) سقط من أ.

يأخذ من ذمته فإنه يؤخذ من تركته.

وهذا كله إذا كان في صحة الأب.

فإن كان ذلك في مرضه، مثل أن يزوج ابنته في مرضه، وضمن الصداق عن الزوج، هل يجوز هذا النكاح أو لا يجوز؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن النكاح جائز.

والثاني: أن النكاح لا يجوز، وهو الأظهر في النظر.

والقولان مخرجان في المذهب غير منصوص عليهما.

فوجه القول بالجواز: أنه نكاح سلمت أركانه من الغرر والحظر، وكون الصداق متردد بين ذمة الأب وذمة الزوج أمر يسير مغتفر.

ووجه القول بالمنع: أنه نكاح فيه غرر، وذلك أن الصداق لا يخلو من أن يكون في ذمة الأب أو ذمة الزوج.

فإن كان في ذمة الأب، فذلك موقوف على الثلث، والثلث لا يدري هل يحمل جميع الصداق أو بعضه؟

وهذا عين الغرر، وهذا حكم نكاح الموقوف الذي منعه مالك في أحد قوليه.

فإن كان في ذمة الزوج، فقد يكون معسراً لا مال له إلا ما تزجوه من جهة الحامل للصداق، وقد يصح كله أو بعضه [ق/ ١٥١أ]، وقد لا يصح منه شيء لطرآن الغرماء أو أمر طرأ على ماله، فيذهب به قبل النظر في الثلث، فهذا من وجه الغرر.

وعلى القول بأن النكاح جائز، وهل الصداق عطية للابنة أو عطية

للزوج؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنها عطية للزوج من الثلث، وهو قول مالك.

والثاني: أنها عطية [للابنة] من الثلث، ولا شيء له منه، وهو قول أشهب وابن القاسم، قالا في «العتبية»: ويقال للزوج : أد الصداق من مالك ويتم النكاح، وإن أبى فارق ولا شيء عليه.

وعلى القول بأنها عطية للزوج، فإن طلق قبل البناء، فهل يكون لها نصف تلك الهبة أم لا ؟ **وذلك على قولين :**

أحدهما: أن لها نصفها من الثلث، ولا شيء للزوج في النصف الباقي، وهو قول مالك وابن الماجشون.

والثاني: أنها لا شيء لها ؛ لأن الأب أعطى [على] [1] إن هي دخلت ثبت لها ما أعطى، وهو قول ابن دينار.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا زوج ابنه صغيراً والبالغ السفيه، وذلك لا يخلو من وجهين :

أحدهما: أن يكون ذلك في الصحة.

والثاني: أن يكون في المرض.

فإن كان في الصحة، فلا يخلو الأب في أمر الصداق من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يشترطه على نفسه.

والثاني: أن يشترطه على ولده.

والثالث: أن يطلق العقد ولا يشترط.

(١) سقط من أ.

فإن اشترط الأب الصداق على نفسه ، لم يؤاخذه الابن موسرًا كان أو معسرًا، صغيرًا كان أو كبيرًا، لأن ذلك من الأب على وجه الحمل من غير التفات إلى لفظ الأب إن قال : أنا أحمله وأضمنه ؛ لأن العادة في ضمانه لذلك أنه على وجه الحمل .

وإن اشترطه على الابن ، فلا يخلو من أن يكون الابن موسرًا أو معسرًا .

فإن كان الابن موسرًا كان على الابن [اتفاقا ووفاقا] (١).

وإن كان معسرًا ، هل يكون على الأب أو على الابن ؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما: أنه يكون على الأب، وهو قول مالك وابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه يكون على الابن كما شرطه الأب، بمنزلة ما لو اشترى له سلعة باسمه وكتب عليه الثمن، وهو قول أصبغ وابن المواز، وهو ظاهر قول ابن زياد في «المدونة».

فإذا بلغ الابن وعلم قبل البناء كان له الخيار بين أن يلزمه نفسه أو يفارق ، وإن بنى قبل أن يعلم لزمه وسقط عنه ما جاوز صداق المثل.

فإن أطلقه الأب ولم يشترطه على نفسه ولا على الابن، فلا يخلو من أن يكونا موسرين أو معسرين أو أحدهما موسر والآخر معسر.

فإن كانا موسرين أو كان الابن موسرًا والأب معسرًا: فالصداق على الابن، عاش الأب أو مات.

---

(١) سقط من أ.

فــإن كانا معسريــن، فالصداق على من أيسر منهمــا أولا ما لم يبلغ الصبي.

فـإن بلغ كان له الخيار، إن شاء أن يتقــبل الصداق ويثبت النكاح، وإن شاء فارق.

فإن كان الابن معسرًا، والأب موسرًا فالصداق [من][1] مال الأب حيًّا أو ميتًا، وتأخذ ذلك من رأس ماله بعد مماته.

وهذا كله إذا كان الابن صغيرًا أو بالغًا سفيهًا.

فـإن كان الابن بالغًا رشيدًا ، فزوجه الأب برضاه ، فلا يخلو الصداق أيضًا من ثلاثة أوجه :

إما أن يشترطه الأب على نفسه، **أو** على ولده، **أو** أبهم الأمر.

فـإن اشترطه على نفسه: كان ذلك حــمل، والتباعة على الأب لا على الابن.

فإن طلق الابن قبل البناء، فلا يخلو طلاقه من وجهين:

أحدهما: أن يكون ذلك بمعنى الخلع.

والثاني: أن يكون على غير وجه الخلع.

فإن كان طلاقه على غير وجه الخلع رجع نصف الصداق إلى الأب.

فــإن كان الطلاق على وجــه الخلع، مثل أن يطلقها عــلى أن ترد عليه جميع صداقها، هل يكون جميــعه للابن أو يشطر بينهما؟ **فالمـذهب عـلى قولين**:

أحدهما: أن جميع الصداق للأب، ولا شيء فيه للابن، وهو قول ابن القاسم في «كتاب ابن حبيب».

والثاني: أن الصداق بينهما أنصافًا، فنصفه للأب ونصفه للابن، وهو قول ابن الماجشون، وهذا هو الأظهر في النظر، وذلك أن الزوجة ملكت نصف الصداق بالطلاق، فإذا خالعت بجميعه، فكأن النصف الذي لها عاوضت به الزوج، والله أعلم.

فإن اشترطه الأب على الابن: فلا صداق عليه موسرًا [كان](1) أو معسرًا، ولا خلاف في هذا الوجه.

وإن أبهم الأمر، ولم يشترطه على نفسه ولا على ولده، وقال الأب: إنما أردت أن يكون الصداق على الابن.

وقال الابن: إنما ظننت أن ذلك على أبي، فلا أغرم شيئا.

فلا يخلو من أن يعثر على ذلك قبل البناء أو بعده.

فإن عثر على ذلك قبل البناء، فالمذهب على قولين:

أحدهما: أن النكاح مفسوخ ولا شيء على واحد منهما، وهو قول مالك، قال محمد: بعد أن يحلف [ق/ ٢٧ع] كل واحد منهما، فمن نكل منهما لزمه.

والثاني: أن النكاح ثابت ويغرم كل واحد منهما نصف الصداق، وهو اختيار اللخمي.

فإن عثر على ذلك بعد البناء، حلف الأب وبرئ، ثم ينظر في الصداق المسمى وصداق المثل.

فإن كان صداق مثلها مثل المسمى فأكثر: غرمه الزوج بغير يمين.

فإن كان المسمى أكثر حلف الزوج، وغرم صداق المثل.

---

(١) سقط من أ.

فإن زوجه الأب في مرضه، وهو صغير وضمن عنه الصداق، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يعثر على ذلك في مرضه.

والثاني: أن يعثر عليه [في] [١] صحته.

فإن عثر على ذلك في مرض الأب فإن الضمان لا يجوز إلا بإجازة الورثة إما بعد الموت بالاتفاق، وإما قبل الموت على الخلاف في تسليم الشيء قبل وجوبه على ما يأتي بيانه في موضعه إن شاء الله.

واختلف قول مالك في جواز هذا النكاح، على قولين منصوصين في «المدونة»:

أحدهما: أن النكاح لا يجوز، وهو معنى قوله في «الكتاب» : لا يعجبني هذا النكاح، يريد ويفسخ.

والثاني: أن النكاح جائز، ويخبر الزوج إن كان كبيراً بين أن يدفع الصداق أو يطلق.

وإن كان صغيراً، فالنظر في ذلك إلى وليه.

فإن رأى أن ذلك صلاحًا وغبطة وسروراً دفع الصداق من مال الولد، وإلا فسخ النكاح.

فإن لم ينظر في هذا النكاح حتى بلغ الصبي، فاختار أن يدفع الصداق من ماله، فجواز النكاح يتخرج على قولين قائمين من «المدونة».

فإن مات أحدهما قبل النظر فيه، فهل يتوارثان أم لا؟

---

(١) في أ: بعد.

قولين قائمين من «المدونة» أيضا.

فـإن عثر على ذلك بعد صحة الأب : فـإن النكاح صحيح، والضمان ثابت لزوال العلة التي لأجلها منع، وذلك وصية لوارث.

وينبني الخلاف على الخلاف: في الخيار [الحكمي][1] هل هو كالخيار الشرطي أم لا؟

وعلى هـذا الأصل انبنـى كثير مـن مسائل هـذا الكتاب [والحـمد لله وحده][2].

---

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من جـ، هـ.

المسألة السادسة

في الصداق

والكلام فيه في أربعة مواضع :

أحدها: الكلام في اشتقاقه.

والثاني: الكلام في حكمه.

والثالث: الكلام في حده.

والرابع: الكلام في جنسه.

الموضع الأول: [وهو] الكلام في اشتقاق الصداق.

والصداق بفتح الصاد وكسرها، ومعناه مشتق من الصدق والصحة، ومنه: فرس صدوق، وكلام صدق أي: صحيح متساوي الباطن والظاهر.

وكذلك النكاح الشرعي بشرط الصداق مستوى الظاهر والباطن، بخلاف السفاح.

ويقال للصداق أيضا: فريضة ونحلة وأجرًا :

قال الله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾[1]، [وقال:] [2] ﴿وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[3]، وقال: ﴿اللاَّتِي آتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾[4].

وقد سمى في الحديث أيضا «عفوا»، وكذلك ذكره في «كتاب أمهات

---

(١) سورة النساء الآية (٤).

(٢) سقط من أ.

(٣) سورة البقرة الآية (٢٣٧).

(٤) سورة الأحزاب الآية (٥٠).

الأولاد» من «المدونة».

وقد سمى أيضا نفقة، قال الله تعالى: ﴿وَاسْأَلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنفَقُوا﴾(١).

وسمى أيضا: مهراً.

وسمى أيضا: بضعًا.

والموضع الثاني: الكلام [ق/ ١٨هـ] في حكمه، ولا خلاف بين الأمة في أن الصداق شرط من شروط صحة النكاح، وأنه لا يجوز التراضي على تركه، لقوله تعالى: ﴿وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾(٢)، وقوله: ﴿[فَانكِحُوهُنَّ] بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾(٣).

والنكاح بغير صداق لا يخلو من أن يكون على صفة السفاح أو وجد فيه شرط من شروط النكاح.

فإن وقع على صفة السفاح، مثل أن يذكراه بلفظ النكاح من غير ولي ولا إشهاد، فذلك سفاح لا نكاح.

فإن وجد فيه بعض الشروط، مثل أن يكون فيه ولي وإشهاد وشرط إسقاط الصداق فذلك لا يجوز ؛ لأن ذلك في معنى الهبة التي خص بها النبي ﷺ، قال الله تعالى: ﴿ وَامْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ [إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ] ﴾ (٤) الآية .

---

(١) سورة الممتحنة الآية (١٠).

(٢) سورة النساء الآية (٥).

(٣) سورة النساء الآية (٢٥).

(٤) سورة الأحزاب الآية (٥٠).

وقـد اختلف المذهب عندنا إذا تـزوجها على ألا صداق [لها][١] هــل [يصحــحه] [٢] البناء؟ على قولين منصوصــين عن مالك في كتاب النكاح [الثالث][٣] من «المدونة».

والموضع الثالث: وهو الكلام في حده وقدره.

وقد أجمع العلمــاء قاطبة [على][٤] أنه لا حد لأكثـر الصداق، وهو على مــا يتراضيان علـيه، وقد أمهر النــجاشي عن النبــي ﷺ أربعة آلاف، وكل بنات عبد الله بن عمر وبنـات أخـيه يصدقهن ألف دينار ، كل واحدة أو عشرة آلاف درهم .

وكان ابن عمر يجعل [لهن][٥] قريبًا من أربعمائة دينار حليًا ، وتزوج ابن عـباس [ﷺ][٦] على عشرة آلاف، وتزوج القعقاع بن [شدر] بنت قبيصة بن هانئ عــلى أربعين ألفا في [أيام][٧] الإمام عــلي ﷺ، إلا أن المباشرة في الصداق أفضل من المغالاة.

وكان صــداق النبــي ﷺ أزواجه [ق/ ١٣١جـ]: خمــسمائـة درهم، وذلك اثنا عــشر أوقية ونش، والأوقيــة: أربعون درهما، والنــش: عشرون درهما.

وتزوج عبد الرحمن على وزن نــواة من ذهب، وهي خمسة دراهم ولم

(١) سقط من أ.
(٢) في أ،جـ: يصححها.
(٣) في ع، هـ: الثاني.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ، جـ.
(٦) زيادة من ع، هـ.
(٧) سقط من أ.

يكن ذهبا، وكانوا يسمون الخمسة دراهم «نواة»، كذا ذكر الشيخ أبو محمد في «النوادر» فاستكثر النبي ﷺ لرجل مائتي درهم.

وزوج سعيد بن المسيب ابنته على [صداق][(١)] ثلاثة دراهم على [سموه][(٢)] وجلالة قدره.

وأما أقله، فقد اختلف العلماء فيه.

فمنهم من يقول: أنه محدود بربع دينار من الذهب أو ثلاثة [ق/ ١٥٢أ] دراهم من [الورق][(٣)] أو ما يساويهما من سائر العروض، وهو مشهور مذهب مالك ـ رحمه الله.

ومنهم من يقول: لا حد لأقله، وكل ما جاز أن يكون ثمنا أو قيمة [من المتمولات][(٤)]، جاز أن يكون صداقًا، من قليل الأشياء وكثيرها، وهو مذهب الشافعي وغيره، وبه قال ابن وهب من أصحابنا.

وسبب الخلاف: اختلافهم في الصداق، هل هو من [قبيل][(٥)] العادات أو من قبيل العبادات ؟

فمن رأى أنه من قليل العادات وأنه عوض من الأعواض قال: يجوز بما وقع عليه التراضي من قيل الأشياء أو جليلها.

ومن رأى أنها من قبيل العبادات، قال: أنه مؤقت بحد [لا يجوز

(١) سقط من أ.
(٢) في ع، هـ: سمو أمره.
(٣) في ع، هـ: الفضة.
(٤) في أ: للمتمولات، وفي جـ: في المتمولات.
(٥) سقط من أ.

النقصان منه وربما يعضد هذا المذهب اتفاق الجميع على أنه لا يجوز التراضي على إسقاط الصداق][١]، فثبت بهذا أنه ليس من قبيل المعاوضات.

وربما استدل من نفى التحديد بحديث سهل بن سعد الساعدي [المتفق على صحته] [٢] أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله، قد وهبت نفسي لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم تكن لك بها حاجة، فقال رسول الله ﷺ: «**هل معك من شيء تصدقها إياه؟**» فقال: ما عندي إلا إزاري، قال رسول الله ﷺ: «**إن أعطيتها إياه بقيت ولا إزار لك، التمس شيئا**»، فقال: ما أجد شيئا، فقال عليه السلام: «**التمس ولو خاتما من حديد**» فالتمس فلم يجد شيئا، فقال رسول الله ﷺ: «**هل معك شيء من القرآن؟**» قال: نعم، سورة كذا، وسورة كذا، [لسور][٣] سماها، فقال رسول الله ﷺ: «**أنكحتكها بما معك من القرآن**»[٤].

وقوله ﷺ: «**ولو خاتمًا من حديد**»، دليل على أنه لا حد لأقله، وإنما يجوز بأقل ما يقع عليه اسم الأقل، إذ لو كان لأقله حد محدود لبينه ﷺ، إذ لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة.

والانفصال عن هذا الاستدلال من وجوه:

منها معارضته القياس ومصادمته إياه؛ لأن الحديث آحاد والقياس

---

(١) سقط من أ.

(١) سقط من أ.

(١) سقط من أ.

(٤) أخرجه البخاري (٤٧٤١)، (٤٧٤٢).

معارضة.

[**ومنها**: أن يقال أن قوله ﷺ : «**التمس ولو خاتما من حديد**» يحتمل أن يكون الخاتم المراد هي البيضة التي هي الخوذة، وقد قيل ذلك] [(١)].

ومنها: أن يقال : إن ذلك قضية في عين، لقوله ﷺ: «**قد أنكحتكها بما معك من القرآن**»، وذلك خلاف الأصول؛ لأن [ق/ ٢٨ع] القرآن لا يتصور أن يكون حفظه صداقاً، وقضاء الأعيان لا يصح به الاستدلال في كل الأحوال.

وللخصوم عن هذا الانفصال أجوبة:

منها: أنه ورد في بعض طرق الحديث أنه قال: «**قم فعلِّمها**» بما ذكر أنه معه من القرآن ، فقام فعلمها ، فكان نكاحًا بإجارة .

ومنها: أن القياس الذي عورض به دليلهم انبنى على مقدمتين، وبعدهما كانت النتيجة إحدى المقدمتين [كون][(٢)] الصداق عبادة، والثانية: كون العبادة مؤقتة، وفي كليهما نزاع للخصم، وذلك أنه قد [يلغي][(٣)] في الشرع من العبادات ما ليست مؤقتة، بل الواجب فيها أقل ما ينطلق عليه الاسم، كالركوع عند من يرى الطمأنينة واجبة، وغير ذلك مما لا يحصى كثير.

والقياس لا يصح إلا بتسليم مقدمتيه.

وعند من يقول بمقدمتين من الجدليين من المنطقيين، [واستدل

(١) سقط من أ.
(٢) في أ، جـ: لأن.
(٣) في ع، هـ: يبقى.

القائلون](١) بنفي التحديد أيضا بما خرجه أبو عيسى الترمذي : [أن] امرأة تزوجت على نعلين، فقال لها رسول الله ﷺ: «**ملكتيه نفسك ومالك بنعلين؟**» فقالت: نعم(٢) فجوَّز نكاحها وقال فيه: هذا [حديث] (٣) حسن صحيح، وهذا نص في محل النزاع .

فأما القائلون بالتحديد للصداق بربع دينار: فإنهم التمسوا أصلاً يقيسون عليه، فلم يجدوا شيئا أشبه به من نصاب القطع وحددوا، وقالوا: عضو يستباح بمال فوجب أن يكون مقدراً بربع دينار [فإنهم يلتمسون أصلاً يقيسون عليه فلم يجدوا شيئا أشبه به من] (٤)، أصل القطع في السرقة.

واعترض بعض أئمتنا على هذا القياس، كالفقيه ابن النجار وغيره، وقالوا: هذا قياس ضعيف من قبل أن القطع غير الوطء، وإن جمعتهما لفظة الإباحة، فإن القطع استباحة على وجه العقوبة والمثلة، والنكاح استباحة على وجه اللذة والمودة .

ومن شأن قياس الشبه ، على ضعفه أن يكون الذي تشابه به الفرع والأصل شيئًا واحدًا، لا باللفظ بل بالمعنى، وأن يكون الحكم إنما وجب في الفرع من جهة الشبه، وهذا كله معدوم في هذا القياس.

ومع هذا فإنه من الشبه الذي لم ينبه عليه اللفظ ، وهذا النوع من القياس مردود عند المحققين من الأصوليين.

---

(١) سقط من أ.

(٢) أخرجه الترمذي (١١١٣)، وأحمد (١٥٧١٧) والطيالسي (١١٤٣) وأبو يعلى (٧١٩٤)، والبيهقي في « الكبرى » (١٣٥٦٧)، وابن الجعد (٢٢٦٥)، وضعفه الألباني والبيهقي.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

وعلى القول بأن أقله مقدر بربع دينار، فإن وقع النكاح [بينهما][1] [مقدراً][2] بأقل من ربع دينار تزوجها بدرهمين ثم عثر على ذلك قبل البناء أو بعده، هل يفسخ النكاح أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أن النكاح مفسوخ قبل البناء وبعده، ولها بعد البناء صداق المثل، وهو قول غير ابن القاسم في بعض روايات «المدونة»، وعليه اختصر ابن أبي زمنين وغيره.

والثاني: التفصيل بين أن يعثر على ذلك قبل البناء أو بعده.

فإن عثر على ذلك بعد البناء أجبر على أن يكمل لها ربع دينار، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

فإن عثر على ذلك [قبل] البناء خير الزوج بين أن يكمل لها ثلاثة دراهم، وإلا فرق بينهما.

وقيل: يكمل لها صداق المثل، وهو قول عبد الملك.

فإن اختار الفراق، هل يكون لها نصف الدرهمين أو لا شيء لها؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أن لها نصف الدرهمين، وهو قول ابن القاسم في المدونة.

والثاني: لا شيء لها، وهو قول ابن حبيب.

وسبب الخلاف: في الفصل الأول ما كان فساده في صداقه، هل يصححه البناء أم لا؟

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ع، هـ.

وفي الثاني ما كان فساده أيضا في صداقه، فإذا فسخ قبل البناء، وكان من مال الزوج أن يجيزه، هل يشطر فيه الصداق أم لا؟ والقولان قائمان من «المدونة».

فوجه القول الأول: بأنه إذا عثر على ذلك بعد البناء، ثبت النكاح، وكان لها ربع دينار، وذلك أنها كما رضيت بدرهمين، فقد وهبت مما هو حق لها وحق لله تعالى، [فردت هبتها فيما هو حق لله تعالى][1] ومضت هبتها فيما هو حق لها.

والموضع الرابع: في جنسه وكل ما يجوز أن يتمول ويقع الاعتياض عنه في البيع والشراء من سائر الأعيان المتملكات فإنه يجوز النكاح عليه، وهل من شرطه جريان الملك عليه واستدامته أوليس من شرطه؟ مثل أن يتزوجها بمن يعتق بالملك إذا ملكته، على ما سنعقد عليه مسألة مفردة إن شاء الله تعالى.

واختلف في النكاح بما يتمول وليس بعين قائمة، كالنكاح على استيفاء المنافع منه أو من غيره، مثل أن يتزوجها على أن يبني لها دارًا أو يحفر لها بئرًا أو يرعى لها غنمًا مدة معلومة أو على أن تستخدم عبده أو دابته مدة معلومة، فهل يجوز هذا النكاح أو لا يجوز؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال**:

أحدها: أن النكاح جائز، فإن كان مع الإجارة ربع دينار أو ما يساويه: جاز له الدخول، وإن لم يقدم لها شيئا كره له الدخول، وهو قول أصبغ في «العتبية».

والثاني: أن النكاح لا يجوز، وهو قول ابن القاسم في «العتبية» فيمن

---

(١) سقط من أ.

وقع له صبي في جُبٍّ فقال لرجل: إن أخرجته فقد زوجتك ابنتي، أو أنا أزوجكها فأخرجه فقال : لا يجوز، ولا يكون النكاح جُعلا، وأرى له أجر مثله في إخراجه إياه، حيا أو ميتا.

والثالث: الكراهة، وهو قول مالك في «كتاب محمد»، وكذلك النكاح على الحج، أعني على أن يحججها، فالكلام فيه كالكلام في الإجارة سواء، كرهه مالك في الجميع، وقال: لأنه ليس من عمل الناس، فكرهه في الجميع، ولم يقل في شيء منه أنه يفسخ .

وابن القاسم اضطرب قوله في جميع ذلك ؛ لأنه إذا طلق قبل البناء أتبعته بنصف الحج ، ذكر عنه أصبغ معناه: نصف قيمة ذلك.

وسبب الخلاف: شرائع من قبلنا، هل هي لازمة لنا أم لا؟

فمن رأى أن شرائع من قبلنا لازمة لنا، قال بجواز النكاح اقتضاء بقصة موسى مع شعيب صلوات الله عليهما وعلى نبينا وعلى جميع النبيين والمرسلين.

ومن رأى أنها غير لازمة لنا، قال: لا يجوز النكاح ، والقول بالكراهة تردد ومراعاة للخلاف [والحمد لله وحده][1] [ق/ ١٩هـ].

(١) زيادة من ع، هـ.

المسألة السابعة
في هبة المرأة صداقها لزوجها أو لأجنبي

وهبة المرأة ذات الزوج صداقها لا يخلو من وجهين:

أحدهما: أنها تهب لزوجها.

والثاني: أنها تهب لأجنبي.

فإن وهبت لزوجها، فلا يخلو من أن [تكون] سفيهة أو رشيدة:

فإن كانت سفيهة : فالهبة مردودة .

وإن كانت رشيدة: فالهبة جائزة باتفاق المذهب، وإن كان جميع مالها ؛ لأن هبة المرأة مالها لزوجها جائزة، وإن أتت على جميع مالها.

وإن وهبت ذلك لأجنبي، فلا يخلو ما وهبت من أن يكون مثل الثلث فأدنى أو [يكون][1] أكثر من الثلث.

فإن كان مثل الثلث فأدنى: جاز اتفاقا [ووفاقا][2] في المذهب.

وإن كان أكثر من الثلث: فذلك موقوف على إجازة الزوج أو رده.

واختلف هل له الخيار في رد الجميع أو في رد ما زاد على الثلث خاصة؟ **على قولين منصوصين في «المدونة»** في كتاب «الكفالات»:

أحدهما: أنه يرد الجميع، إلا أن يكون الزائد على الثلث أمر يسير، كالدينار ونحوه فيجوز الجميع، وهو قول ابن القاسم.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

والثاني: أنه يرد الزائد على الثلث خاصة، وهو قول المخزومي.

فـإذا قلنا بجوازها إذا كان مثل الثلـث فأقل، فلا يخلو الموهوب له من وجهين:

أحدهما: أن يكون قبض الهبة قبل الطلاق.

والثاني: أن يطلقها الزوج قبل أن يقبضها.

فإن قبضها قبـل الطلاق ثم طلقها الزوج بعد ذلك قبـل البناء بها، فلا يخلو من أن تكون الزوجة في حين [الطلاق](1) موسرة أو معسرة.

فـإن كانت موسرة: فإن الزوج يرجع بنصف الصداق عليها، وهل لها هي الرجوع على الموهوب له بقدر ما استرد منها [ق/ ١٥٣أ] الزوج أو لا رجوع لها عليه [فالمذهب على قولين:

أحدهـما: أنه لا رجوع لها على الموهوب لـه بشيء مما أخذ منها الزوج وهو المشهور.

والثاني: أن لها الرجوع عليه](2)، وهو قوله في «كتاب محمد».

والقولان قائمان من «المدونة».

وهذا الخلاف يتخرَّج على الخلاف في [أصل](3) الصداق، هل تملك المرأة جميعه بـالعقد [ق/ ٢٩ع] أو أنها [لا](4) تملـك [إلا](5) نصـفه

(١) في ب: الهبة.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

بالعقد ونصفه الآخر بالموت أو الدخول أو ما يقوم [ق/ ١٣٢جـ] مقامه من طول المكث؟

فمن رأى أنها تملك جميعه بالعقد، قال: لا ترجع على الموهوب له بشيء؛ لأنها وهبت ما تملك، وتملك التصرف فيه كيف شاءت، وكون الزوج ملك الرجوع عليها بنصف الصداق، وإنما هو أمر طرأ بعد الهبة وقبضها.

ومن رأى أنها لا تملك بالعقد إلا النصف خاصة قال: لها الرجوع على الموهوب له بقدر ما أخذه الزوج منها ، بمنزلة من وهبت شيئا ثم جاء من يستحقه فإن للمستحق اتباع الواهب ، وللواهب اتباع الموهوب له ، على تفصيل وتحصيل في ذلك يأتي في «كتاب الغصب والاستحقاق» إن شاء الله تعالى.

فإن كانت الزوجة معسرة بنصف الصداق، فلا تخلو الهبة من أن تكون قائمة بيد الموهوب له أو تكون فائتة .

فإن كانت الهبة قائمة، فهل للزوج أخذها أم لا؟

فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن للزوج الرجوع على الموهوب له، وأخذ عين شيئه من يده؛ لأن ذلك من باب الاستحقاق، وهذا يتخرج على القول بأنها لا تملك بالعقد إلا النصف خاصة .

والثاني: أن الزوج لا رجوع له على الموهوب له، وإنما تتبع الزوجة في اليسر والعسر [وهو قول ابن القاسم في الكتاب][1].

---

(١) سقط من أ.

وهذا بناء منه على أنها تملك بالعقد جميع الصداق، وكون الزوج يملك الرجوع عليها بنصف الصداق، وليس ذلك بمعنى الاستحقاق، وإنما هو شيء أوجبته الأحكام [وهذا كله إذا جهل الزوج حال الزوجة ولم يعلم بالهبة ، وأما إذا علم بحالها وعلم بالهبة فلا رجوع له على الموهوب له قولا واحدًا ؛ لأنها إن كانت موسرة وعلم الزوج بالهبة فالزوج مجبور على دفع الصداق إن كانت معسرة فقد جوز لها فعلها ورضي بإسقاط حقه فباتت الهبة بيد الموهوب له، فإن الزوج لا يرجع على الموهوب له بشيء جملة بلا تفصيل لأن [السقيط] جاء من قبله ولا يدخل فيه من الخلاف والتفصيل ما دخل مسألة الاستحقاق إذا وهبت شيئا ثم استحقه رجل بعد فواته بيد الموهوب له فافهم ذلك] (١) .

فإن طلقها الزوج قبل أن يقبض الموهوب له هبته، وكان الطلاق قبل البناء، فلا يخلو حالها من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن تكون موسرة يوم الطلاق.

والثاني: أن تكون موسرة يوم الهبة.

والثالث: أن تكون معسرة في الزمانين .

فإن كانت موسرة يوم الطلاق فالهبة ثابتة للموهوب له، وله مطالبة الزوج بها إن كانت الزوجة لم تقبض صداقها منه بعد، وسواء كان الصداق عينا أو عرضًا، ويرجع الزوج عليها بنصف ما أخذ منه من غير اعتبار بيوم الهبة، كانت فيه موسرة أو معسرة.

---

(١) سقط من أ.

وهذا بناء منه على أنها ملكت جميع الصداق بالعقد.

وأما على القول بأنها [لا تملك] بالعقد إلا النصف خاصة فلا يكون للموهوب له إلا النصف الذي يصح لها خاصة ؛ لأنه بمنزلة من وهب له شيء، فلم يقبضه حتى استحق أو تلف بسبب سماوي، فإنه لا شيء [له](١).

فإن كانت يوم الهبة موسرة ويوم الطلاق معسرة، فهل تصح جميع الهبة للموهوب له أو للزوج في ذلك مقال؟

فالمذهب على قولين منصوصين في «المدونة» :

أحدهما: أن للموهوب له قبض جميع الهبة، إما من الزوج إن لم تقبض الزوجة من غيره شيئا، وإما من الزوجة إن كانت قد قبضت، ولا مقال للزوج في ذلك، وهو قول الغير في «المدونة».

والثاني: أن للزوج أن يتمسك [به بنصف الصداق، ويدفع النصف الآخر للموهوب له، وإن كانت قد قبضت جميع الصداق من الزوج، فإنها تدفع نصف الصداق للزوج](٢) ونصفه الآخر للموهوب، وهو قول ابن القاسم في «كتاب [النكاح] الثاني» من «المدونة».

وسبب الخلاف: اختلافهم في الصداق، هل بالعقد تملك المرأة جميعه أو إنما تملك نصفه بالعقد؟

فمن رأى أنها تملك جميعه بالعقد قال: لا مقال للزوج ؛ لأن نصف الصداق إنما ثبت له بعد الطلاق، وهو دين عليها من يومئذ، وقد كانت

---

(١) في أ، جـ: عليه.

(٢) سقط من هـ.

هبتها ولا دين عليها، والدين الطارئ بعد الهبة لا يؤثر في سقوطها، ومن وهب دينا فلم يقبضه الموهوب [له][١] حتى طرأ على الواهب دين لم ترد هبته.

ومن رأى أنها لا تملك بالعقد إلا النصف خاصة قال: للزوج مقال؛ لأنها وهبت ما لا تملك، ومن وهب ما لا يملك وقد تقدم له فيها إباحة التصرف، ولم يكن عنده من المال ما يفي بذلك إنْ طرأ من يستحق ذلك الشيء فإن هبته مردودة بلا كلام.

والجاري على أصول المذهب [أن][٢] للزوج مقال في عين شيئه وإن كانت موسرة ؛ لأن الأغراض تتعلق بأعيان العروض، وما قاله في هذه المسألة مخالف لذلك اللهم إلا أن يقال : إن ذلك منه جنوح إلى القول بأن العروض مرادة لأغراضها لا لأعيانها كالعين .

ولهذا الخلاف مطلع آخر وهو حوز الغير ما وهب له من غير رضا الحائز، هل يكون حوزاً ينتفع به الموهوب [له] [٣] أم لا ؟

وهذا مما اضطرب فيه قول ابن القاسم في «المدونة» .

فمرة يقول: لا يكون ذلك حوزاً إلا برضا الحائز، وهو ظاهر قوله في «كتاب النكاح الثاني [في هذه المسألة][٤]» وهو ظاهر قوله في «كتاب الرهون [أيضا][٥]»، فيمن رهن فضلة الرهن، حيث اشترط هناك أن يكون

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

[ذلك][1] برضا المرتهن الأول.

ومـــرة رأى أن ذلك حوز ينتفع به الموهوب له، وإن لـم يرض بذلك الحائز ولا علم، وهو ظاهر قوله أيضا في موضع آخر منه، وهو ظاهر قوله في [« كتاب الهبات»، على ما سنبـينه هناك إن شاء الله تعالى، وهو ظاهر قول الغير في] [2] «كتاب النكاح»، وذلك أن الغير اعتبر حالتها يوم الهبة.

فإذا كانت موسرة فالهبة جائزة، لأنها هبة [محوذة][3] في ذمة الزوج تجوز، وإن لم يعلم [بذلك][4] ولا رضى.

وما يطرأ بـعد ذلك من الدين فقـد طرأ على هبة محـوزة، كمن وهب دينًا في ذمة غيـره، فلا يتصور فيه قبض ولا حوز إلا قبـض الوثيقة إن كان الدين بكتاب أو القبول إن كان الدَّين بغير كتاب.

وابن القاسم في أحد قوليه اعتبر حالتهما يوم الطلاق.

فـــإن كانت معسرة: فـالهبة غير جائزة ؛ لأنها هبة غـير مقبوضة ولا محوزة حتى طرأ من الدين ما يفترقها، وذلك مما يبطل الهبة ويوهن العطية.

[وأما الوجه الثالث: إذا كانت المرأة معـسرة في الزمانين فلا يخلو من أن تكون قبضت صداقها من الزوج قبل الطلاق أو لم تقبضه.

فإن قبضته واستهلكته فلا شيء للموهوب له قولاً واحدًا .

فإن لم تقبض حتى طلقها فلهـا النصف الذي تقبضه الزوجة من الزوج بعد الطلاق ؛ لأنه قبضٌ ما وجب له، والحمد لله وحده] [5].

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من هـ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

المسألة الثامنة
في الزوجة بماذا تستوجب الصداق؟

ولا خلاف بين الأمة أن المرأة تستوجب جميع الصداق بالدخول والاستمتاع أو بالموت:

فأما وجوبه بالدخول فقوله تعالى: ﴿فَمَا اسْتَمْتَعْتُم بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[١]، وقال تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾[٢]، إلى قوله سبحانه: ﴿وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾[٣].

وأما وجوبه بالموت: فليس فيه دليل مسموع من كتاب ولا سنة إلا انعقاد الإجماع.

واختلف المذهب عندنا في طول المكث، هل يقوم مقام الدخول؟ على قولين، وقد قدمنا الكلام في الاعتراض عليه فيما سلف من هذا «الكتاب».

واختلف [المذهب][٤] عندنا [أيضا][٥] هل تملك بالعقد شيئا من الصداق أم لا ؟ [ق/ ٣٠ع] ، على ثلاثة أقوال كلها قائمة من «المدونة»:

أحدها: أنها بالعقد تستوجب جميع الصداق، وهو قول مالك في «كتاب الرهون»، حيث قال فيمن رهن لامرأته رهنا [قبل بنائه بها، فقال

(١) سورة النساء الآية (٢٤).
(٢) سورة النساء الآية (٢٠).
(٣) سورة النساء الآية (٢١).
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

مالك: ذلك جائز ؛ لأنها تملك بالعقد جميع الصداق، وهو قول [الغير][(١)] في «كتاب النكاح الثاني» في باب هبة المرأة][(٢)] صداقها لزوجها أو لأجنبي وفي [باب][(٣)] غلات [الصداق][(٤)].

والثاني: أنها لا تملك بالعقد شيئا من الصداق، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة» فيما يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وكان فساده في عقده أو لشروط اقترنت به إذا طلق قبل الفسخ أن الصداق لا يشطر بينهما على مشهور المذهب.

والقول الثالث: أنها تملك بالعقد نصف الصداق، و[يستقر][(٥)] لها النصف الآخر بالموت أو الدخول، وهو قول مالك في «كتاب النكاح الثاني» من «المدونة»، وفي «كتاب الزكاة الثاني» من «المدونة» إذا تزوجها على غنم بأعيانها، فحال الحول عليها، وهي في يدها أو في يد الزوج، ثم طلقها فجاء [المصدق] فقال : إن كان في [حظ][(٦)] كل واحد منهما ما تجب فيه الزكاة، فإنهما يزكيان زكاة الخليطين ؛ لأنه لم يزل في ذلك شريكا في النماء والنقصان.

فإذا وقع الطلاق فإن الصداق يشطر بينهما، لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾[(٧)]، وهو

(١) سقط من هـ.
(٢) في هـ: المغيرة.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من هـ.
(٥) في أ، جـ: يتقرر.
(٦) سقط من أ.
(٧) سورة البقرة الآية (٢٣٧).

ينقسم - أعنى الطلاق - قبل البناء إلى ما كان باختيار من أحد [ق/ ٢٠هـ] الزوجين، وإلى ما كان بغير اختيار منهما.

فأما ما كان بغير اختيارهما وإيثارهما، مما يوجب الفسخ قبل البناء، إذا طلق فيه قبل أن يحكم الحكم بفسخه، وكان موجب فسخه غير صداقه، هل يشطر فيه الصداق أم لا؟ على قولين.

وأما إذا كان باختيار من أحدهما، فلا يخلو [من أن يكون] [(١)] ذلك باختيار منهما أو باختيار منه.

فإن كان ذلك باختيار منها كقيامها بعيب يوجد فيه أو كانت أمة تحت عبد فعتقت، ثم اختارت نفسها أو ما كان في معناه مما لا سبب فيه للزوج، واختارت الزوجة الفراق، فلا شيء لها من الصداق، لا نصف ولا غيره؛ لأن الطلاق جاء من جهتها .

وأما ما جاء باختيار من الزوج، ولا سبب فيه للزوجة، فلا خلاف في المذهب أن لها نصف الصداق .

فإن اشتركا في السبب ، مثل: أن يكون الطلاق لعدم الصداق أو لعجزٍ عن النفقة ، فالمرأة تسببت في الطلاق بطلبها ما يؤدي إليه ، والزوج تسبب فيه أيضا لإظهاره العجز عما طلبته المرأة مع الإمكان أن يكون قد أخفى ماله، وأظهر الفقر، إلا أن سبب الزوجة في ذلك أظهر من سبب الزوج، فقد اختلف المذهب في ذلك على قولين :

أحدهما: أن لها نصف الصداق، وهو قول ابن القاسم في «العتبية».

---

(١) سقط من أ.

والثاني: أنها لا شيء لها من الصداق [كما للرجل][1]، وهو قول ابن نافع، ولا فرق عنده بين قيامها بحدوث فقر أو حدوث عيب، وهذا هو الأظهر.

فإن كان الفراق بغير تسبب واحد من الزوجين، وكان ذلك من غيرهما، كمن تزوج كبيرة ومرضعتين، فأرضعتهما الكبيرة قبل البناء، فنكاح الكبيرة منفسخ على كل حال ؛ لأنها من أمهات نسائه، ولا شيء لها من الصداق؛ لأن الفسخ جاء من قبلها، وله أن يختار إحدى المرضعتين.

واختلف في التي يفارقهما منهما، هل لها شيء من الصداق [ق/ ١٥٤أ] أم لا؟ **على ثلاثة أقوال**:

أحدها: أنها لا شيء لها من الصداق ، لا نصف ولا غيره ، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أن لها ربع صداقها ؛ لأنه لو فارقها قبل أن يختار كان النصف بينهما.

والثالث: أن لها نصف صداقها، كما لو طلقها طوعًا ؛ لأنه طلاق لا سبب لها فيه، وهو قول ابن حبيب في «واضحته».

وسبب الخلاف: المخير بين شيئين هل يعد مختاراً [لما ترك] [2] أم لا؟ وذلك أن الزوج قادر على أن يطلق التي أمسك، ويمسك التي طلق.

ومن رأى أنه لا يعد مختاراً [لما ترك] [3] قال: لا شيء عليه ؛ لأنه مغلوب على الفراق.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ ، جـ : لأحدهما .

(٣) سقط من أ.

وعلى القول بأن الزوج يغرم لها نصف الصداق، وهل يرجع الزوج بذلك على الكبيرة ،أو هل ترجع عليها الصغيرة بنصف صداقها على القول بأنها لا شيء لها على الزوج؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحدهما: أن الزوج يرجع عليها بما غرم على المرضعة؛ لأنه بسببها غرم، وهو ظاهر قول ابن القاسم في [ق/ ١٣٣جـ] «كتاب القطع في السرقة»: في الشاهدين إذا شهدا على رجلٍ أنه طلق زوجته قبل البناء، ثم رجعا عن شهادتهما بعد الحكم بها فقال ابن القاسم: يغرمان نصف الصداق، فظاهره أنهما يغرمانه للزوج على الخلاف في ذلك.

والثاني: أن الزوج لا يرجع على الكبيرة بشيء مما غرم [وهو قول أشهب][1] في مسألة السرقة.

وسبب الخلاف: الغرور بالفعل، هل يلزم أو لا يلزم؟

فمن رأى أن الغرور بالفعل يلزم، قال: يرجع عليها ؛ لأنها تسببت بفعلها إلى أن غرم الزوج نصف الصداق.

ومن رأى أن الغرور بالفعل لا يلزم قال: لا يرجع عليها بشيء.

وهكذا الخلاف في الصغيرة، وهل يرجع على الكبيرة [على القول][2] بأنها لا شيء لها على الزوج أم لا؟ على قولين.

وسبب الخلاف: ما قدمناه [آنفا] [3].

ومن رأى أنها ترجع عليها بنصف صداقها، قال: لأنها فوتت عليها دينًا وجب لها على زوجها بفعلها.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ع، هـ: أيضا.

ومن رأى أنها لا ترجع عليها بشيء، قال: لأنها لم تفوت عليها بفعلها شيئًا، لكـون سلعتها معها ؛ ولهـذا أخذ العوض التام عنها مـهما أحبت، على الوجه الذي يكون الصداق بينهما نصفين.

وإذا وقع الطلاق بينهما قبل [البناء] (١) باختيار من الزوج، فلا يخلو الصداق من أن يكون قائمًا بيدها أو فائتًا .

فـإن كان قائمًا أخذ الزوج نصفه، واختـلف هل يرجع الزوج بالغلة إن كان الصداق مما له علة أم لا ؟ **على قولين** :

أحدهـما : أنها ترد نصف [الغلة وتحاسب فـيها بما أنفقت ما لم تكن النفقة أكثر مـن الغلة ، وهو قول ابن القاسم في «كتاب الـنكاح الثاني» من «المدونة».

والثـاني:أنها لا ترد الغلة] (٢) ؛ لأن الغلة بالضمان ولأن الصداق لو هلك كان الضمان منها، وكان للزوج أن يبني بها، وهو قول عبد الملك في «كتاب المذكور»، وهو قول الـغير المذكور [فيه](٣)، وهو ظاهـر قول ابن القاسم في «المدونة» أيضا.

وسبـب الخلاف: اختلافهم في المرأة هل تملك جميع الصداق بالعقد أم لا تملك إلا نصفه خاصة؟

فإن كان الصداق فائتا فلا يخلو ذلك من أربعة أوجه :

أحدها: أن يكون سببا للفوات من جهتها.

والثاني: أن يكون من قبل الله تعالى.

---

(١) في ع، هـ: الدخول.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

والثالث: أن يكون من [قبل][1] آدمي أجنبي.

والرابع: أن يكون ذلك [بسببها][2] من [قبل][3] الصداق نفسه.

فأما الوجه الأول: إذا كان سبب الفوات من جهة الزوجة، فلا يخلو من ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن يكون تفويتا معنويا، مثل: أن تهب أو تعتق [أو يكون تفويتها تفويتا يرجع إلى أن تختص هي فيه من منافعها الخاصة أو في منافعهما جميعا وزوجها][4] أو تبيع.

فإن كان تفويتها تفويتا معنويا ، مثل أن تهب الصداق أو تتصدق به أو تعتق إن كان عبدًا أو أمة فلا تخلو الزوجة من أن تكون موسرة أو معسرة:

فإن كانت موسرة يوم الطلاق فلا إشكال في نفوذ ما فعلت وتغرم للزوج نصف القيمة.

واختلف في القيمة متى تعتبر؟ على قولين :

أحدهما: أن عليها القيمة يوم الهبة أو العتق، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أن القيمة يوم القبض، وهو قول [ق/ ٣١ع] عبد الملك.

وإن كانت يوم الطلاق معسرة، فلا تخلو من أن تكون يوم الهبة موسرة

---

(١) في ع، هـ: سبب.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ، جـ: سبب.

(٤) سقط من أ.

[أو معسرة. فإن كانت معسرة فللـزوج الرجوع في عين شيئه إن كان قائما واتباع ذمة زوجته إن كان فائتا ، فإن كانت يوم الهبة موسرة][(١)] ويوم العتق معسرة فقولان، وقد قدمناهما بشرحٍ كافٍ . [والحمد لله وحده][(٢)].

فإن فوتته فواتا يرجع إلى منفعتها الخاصة بها، مثل أن تشتري بصداقها ما لا يصلح لجهازها، فلا يخلو ذلك من وجهين :

أحدهما: أن تشتري ذلك من زوجها.

والثاني: أن تشتري من أجنبي.

فإن اشترت ذلك من زوجها مثل: أن تشتري [منه][(٣)] عبدًا أو دارًا، ثم طلقها قبل البناء بها، فهل يرجع عليها بنصف ما اشترت أو بنصف ما أصدقها؟ **على قولين** :

أحدهما: أنه يرجع عليها بنصف ما اشترت، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

والثاني: أنه يرجع عليها بنصف ما أصدقها، كما لو اشترت ذلك من أجنبي، وهو الأظهر.

وما رأيت لقول ابن القاسم في «المدونة» وجها إلا شيئا ذكره إسماعيل القاضي وذلك بأن قال: إنما جوز للزوج الرجوع عليها بنصف ما اشترت منه، لاحتمال أن يكون حابته في الشراء فإذا رجع عليها بنصف ما أصدقها: كان ذلك ظلما عليها، فوجب له الرجوع عليها بنصف ما اشترت

---

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من أ، ع.

(٣) سقط من أ.

[منه ؛ لأن الزوج على ذلك دخل فكأنه الذي أصدقها، فإن اشترت ذلك من أجنبي فلا خلاف في المذهب أنه يرجع عليها بنصف ما اشترت به][1]، الذي هو الصداق.

فإن فوتته فواتا ترجع منفعته إليهما جميعا مثل أن تشتري به ما يصلح لجهازها مما جرت به العادة لأمثالها: فلا خلاف في المذهب عندنا أيضا أنه يرجع عليها بنصف ما اشترته، لأن الزوج على ذلك دخل.

والوجه الثاني: إذا كان الفوات من قبل الله تعالى فلا يخلو من أربعة أوجه:

أحدها: أن يكون فواتًا للكل.

والثاني: أن يكون نقصانًا.

والثالث: أن يكون زيادة.

والرابع: أن يكون زيادة ونقصانًا.

فإذا فات فوات الكل، ولها على ذلك بينة، فالضمان [منهما][2] جميعا، ولا يرجع عليها الزوج [بشيء][3]، سواء كان مما يغاب [عنه][4] أو مما لا يغاب [عنه][5].

فإن لم يقم لها على الفوات بينة فإن كان مما لا يغاب [عنه][6]

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) في أ: عليه.
(٥) في أ: عليه.
(٦) في أ: عليه.

كالحيوان والعبيد فالقول قولها ما لم يتبين كذبها.

وإن كان مما يغاب عليه فلا يقبل قولها في الفوات.

وإن كان نقصانًا فذلك بينهما ولا ضمان عليها فيما نقص.

فإن كان زيادة أو زيادة ونقصانًا : فذلك بينهما أيضًا إنصافا على ما هو عليه من نماء أو نقصان.

والوجه الثالث : إذا كان التفويت من سبب أجنبي مثل أن يكون الصداق عبدًا فجنى عليه أجنبي جناية ، [فإنهما يتبعان به بما] [1] نقصته الجناية، ويكون بينهما نصفين، فمن عفا منهما سقط حقه وأتبعه الآخر بقدر حقه.

والوجه الرابع: إذا كان سبب الفوات من قبل الصداق نفسه مثل أن يكون عبدًا فيجني عليه جناية فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن [يسلمه] [2] من هو في يديه منهما من الزوج أو الزوجة.

والثاني: [أن يفتديه بأرش تلك الجناية] [3].

فإن أسلمه من هو في يديه منهما [على القول أن المرأة تملك نصف الصداق بالعقد خاصة] [4] فلا يخلو من وجهين :

أحدهما: أن يحابي في الدفع.

---

(١) في ع، هـ: فإنما يتبعاه بقدر ما.

(٢) في أ، جـ: يفتديه.

(٣) في أ، جـ: أن يسلمه إلى المجني عليه.

(٤) سقط من أ ، جـ .

والثاني: أن يسلم من المحاباة [فإن سلم من المحاباة فلا شيء للآخر علي العبد ولا له على صاحبته شيء وهو نص مالك في الكتاب في المرأة][(١)].

فإن [حابت] [(٢)] في الدفع [من دفعه] [(٣)] منهما، فلا يخلو العبد من أن يكون قائمًا بيد المجني عليه أو فائتًا :

فإن كان قائماً كان الخيار للآخر منهما بين أن يدفع نصف الجناية [ويسترجع] [(٤)] نصف العبد أو يرضى بفعل صاحبه [بالتسليم] [(٥)].

فإن كان العبد قائمًا، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما: أن يكون فواته فواتًا حسيًا.

أو يكون فواته فواتا معنويًا.

فإن كان فواته فواتا حسيًّا مثل أن يموت عند ، فلا يخلو موته من أن يموت حتف أنفه أو مات مقتولاً .

فإن مات حتف أنفه، هل يرجع الآخر على الذي حابى في الدفع بقدر نصيبه [في][(٧)] المحاباة أم لا؟ **على قولين في المذهب:**

---

(١) سقط من أ،جـ.
(٢) سقط من أ ،جـ .
(٣) في أ، جـ: حابى.
(٤) سقط من أ.
(٥) في أ، جـ: ويرجع.
(٦) في أ، جـ: في التسليم.
(٧) في أ، جـ: من.

أحدهما: أنه يرجع عليه بحقه من المحاباة، وهو قول محمد بن الموَّاز.

والثاني: أنه لا يرجع عليها بشيء إن كان الدفع من الزوجة [ق/ ٢١هـ] ؛ لأنها تقول: لم يكن عليَّ أن أفتديه وكرهت أن أدفع ثمنًا من عندي [وكرهت بقاءه عندي] (١) خوفاً أن يعود لمثل ذلك ، وإلى هذا أشار أبو الحسن اللخمي ﷺ .

فإن مات مقتولا فلا يخلو المجني عليه من أن يأخذ فيه أرشًا أم لا؟

فإن أخذ فيه أرشًا ، فللذي لم يسلمه من الزوجين خيار بين أن يأخذ نصف المحاباة من صاحبه أو يدفع نصف الأرش للمجني عليه أو لا يشاركه فيما أخذ من قيمة العبد من الذي قتله ، وإن لم يأخذ فيه، فالحكم فيه كالحكم أن لو مات حتف أنفه، وقد قدمناه .

فإن كان فواته فواتًا معنويًا ، مثل أن يفوت بحوالة سوق فاعلا، فللذي لم يسلمه من أحد الزوجين الخيار أيضا بين أن يرجع على صاحبه بنصف المحاباة أو يدفع للمجني عليه نصف الأرش، ويكون العبد بينهما نصفين [فإن فداه من هو في يديه منهما بأرش تلك الجناية فلا سبيل للآخر إلى أخذ نصفه حتى يدفع له نصف ما فداه] (٢) والحمد لله وحده .

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

المسألة التاسعة

إذا تزوجها على من يعتق عليها

ولا يخلو ذلك من أربعة أوجه:

إما أن يتجهلا جميعا، **أو** يعلما جميعا، **أو** يجهل الزوج وتعلم المرأة، **أو** تجهل الزوجة ويعلم الزوج .

فإن جهلا جميعا الزوج والزوجة، ثم علما بعد ذلك، وقد [طلقها [1] أو لم يطلق فإنه يعتق عليها بالعقد ، ويكون التراجع بين الزوجين إن طلق فليرجع عليها بنصف قيمته أو يرجع في نصف العبد ويكون معها شريكا .

وإن [لم][2] يطلّق فلا ترجع عليه بقيمته ؛ لأن العقد وقع على عوض مملوك تجوز المعاوضة به وعليه، واستمرار الملك بعد ثبوته أمرًا آخر .

فإن علما جميعا الزوج والزوجة فإن العبد عتيق، ويكون ولاؤه لها، ولا رجوع لها على الزوج بشيء .

واختلف [ق/ ١٥٥أ] في الزوج إذا طلقها هل يرجع عليها بنصف قيمته أم لا؟ **فالمذهب على قولين قائمين من « المدونة »** :

أحدهما: أن يتبعها بنصف قيمة العبد .

والثاني: أنه لا يرجع عليها بشيء .

---

(١) في أ، جـ: طلق.

(٢) سقط من أ.

والقولان لمالك ـ رحمه الله [ولا خلاف عندنا][1] في المذهب، أنه لا سبيل له إلى رد العتق في العسر واليسر.

فإن جهل الزوج وعلمت المرأة فللزوج الرجوع عليها إن طلق في نصف العبد إن كانت معسرة أو بنصف قيمته إن كانت موسرة.

فإن جهلت الزوجة بأنه أبوها أو من يعتق عليها، ففي رجوع الزوج [عليها إن طلق] [2] قولان وقد قدمناهما .

واختلف في رجوعها على الزوج على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن لها أن ترجع عليه بقيمة جميعه [إن أمسك][3] أو بقيمة نصفه إن طلقَ ؛ لأن ذلك غرور [في القول][4] والفعل، وهو ظاهر «المدونة» في غير ما موضع، وهو نص قوله في «كتاب محمد» وفي «المبسوط».

والثاني: أنها لا ترجع [عليه] بشيء، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب الفرائض» من «المدونة» في العامل إذا اشترى من يعتق على رب المال أو على العامل ، وظاهره لا فرق بين أن يعلم البائع أو لا يعلم، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب العتق الثاني» من «المدونة» [والحمد لله وحده][5] [ق/ ٣٢ع].

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

(٤) في أ، جـ: بالقول.

(٥) زيادة من ب.

المسألة العاشرة
في نكاح التفويض

ونكاح التفويض: هو أن يتزوج الرجل المرأة ولم يذكر الصداق لا إثباتا ولا إسقاطا.

ولا خلاف بين الأمة في جوازه لقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾[1] [معناه ولم تفرضوا لهن فريضة][2] فأباح الله تعالى الطلاق قبل البناء وقبل التسمية، فكان ذلك دليلا على نكاح التفويض ؛ لأن الطلاق لا يلزم إلا في نكاح صحيح، فدل ذلك على جوازه.

فإذا ثبت ذلك فالزوج بين خيارات ثلاث :

إما أن يطلق ولا يفرض ، وإما أن يفرض صداق المثل، وإما أن يفرض ما يطلبه [ق/ ١٣٤جـ] إليه من له الرد والقبول.

فإن طلّق ولم يفرض لها فليس لها من الصداق شيء وإنما لها المتاع، وهذا هو المشهور عند العلماء [ومنهم][3] من ذهب إلى أنها إذا طلبت الفريضة لزم الزوج أن يفرض لها صداق المثل، ولا خيار له في ذلك.

فإن طلق الزوج قبل الفريضة لزم [على][4] ما قال هذا القائل أن

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٣٦).

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: ومن العلماء.

(٤) سقط من أ.

يكون لها نصف الصداق، وذلك بعيدٍ جدًا، ومراغم لكتاب الله تعالى، لأن الله تعالى لم يثبت لها إذا طلقت قبل البناء إلا المتاع.

فإن فرض لها الزوج صداق المثل، فلا كلام لأحد في ذلك، لا لها ولا لأوليائها.

واختلف في المثلية المعتبرة، ما هي؟

فقال قائل: المثلية نساء عصبتها خاصة، وهو مذهب الشافعي.

وقائل يقول: يعتبر في ذلك نساء قرابتها من عصبتها وغيرهم، وهو مذهب أبي حنيفة.

وقائل يقول: تعتبر المثلية بذوات الأرحام خاصة، وهو مذهب ابن أبي ليلى.

وقائل يقول: تعتبر في المثلية الحال والمال [والجمال] (١) والشطاط، من غير التفات إلى نساء قومها ولا إلى قرابتها، وهو مذهب مالك ﷺ.

وسبب الخلاف: هل المماثلة في [المنصب](٢) فقط أو [في المنصب](٣) في المال [والجمال](٤) ؟ لقوله ﷺ : «**تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها، فعليك بذات الدين تربت يداك**» (٥).

فإن فرض ما طلبه به من له الرد والقبول ، فلا يخلو من أن يطلب إليه

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، جـ: الصنف.

(١) سقط من أ.

(٤) في أ، جـ: والحال.

(٥) تقدم.

صداق المثل أو [فرضه هو ابتداء قبل أن يسأله فرضيت به أو رضى به الولي أو][1] طلب إليه أقل من صداق المثل.

فإن طلب إليه أقل من صداق المثل: ففعل، فلا كلام لواحد منهما في ذلك.

فإن طلب إليه أقل من صداق المثل أو فرضه هو ابتداء قبل أن يسأله فرضيت به أو رضى به الولي، فلا يخلو حالها من ثلاثة أوجه:

إما أن تكون ذات أب، **أو** ذات وصي، **أو** مهملة.

فإن كانت ذات أب فلا تخلو من أن تكون مالكة أمر نفسها أو غير مالكة.

فإن كانت مالكة أمر نفسها فالرضا بالصداق إليها دون الأب.

فإن فرض أقل من صداق [المثل] فرضيت به جاز ذلك ، ولا كلام في ذلك لأبيها.

وإن كانت غير مالكة أمر نفسها فالرضا في ذلك إلى الأب.

فإن فرض لها الزوج أقل من صداق مثلها ، وكان ذلك قبل البناء أو بعده فرضي بذلك الأب، فهل يجوز ذلك على الابنة أم لا ؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»** :

أحدهما: أن ذلك جائز عليهما، وهو قول مالك في «كتاب النكاح الثاني».

والثاني: أن ذلك [غير] جائز، وهو قوله في «كتاب النكاح الأول»

---

(١) سقط من أ.

[من المدونة][١].

وقد أتقنا هذه المسألة في «كتاب النكاح الأول» إتقانًا لا مزيد عليه.

فإن كانت ذات وصي فلا تخلو من أن تكون رشيدة أو سفيهة.

فإن كانت رشيدة: فالرضا إليها دون وصيها.

فإن فرض لها أقل من صداق مثلها فرضيت به جاز ذلك ولا كلام للوصي.

فإن رضى به الوصي دونها لم يجز.

فإن كانت سفيهة، فرضى لها الزوج صداق مثلها جاز ذلك ولا كلام لها ولا للوصي.

فإن فرض لها أقل من صداق مثلها، فرضيت بذلك دون الوصي لم يجز.

وإن رضي بذلك الوصي دونها ، فقولان قائمان من «المدونة» :

أحدهما: أن ذلك جائز عليها ولازم لها ؛ لأن النظر في المال إلى الوصي لا إليها ، وهو ظاهر قوله في «كتاب ابن حبيب» وهو اختيار شيوخنا المتأخرين.

والثاني:أن ذلك لا يجوز إلا باجتماع منهما على الرضا، وهو ظاهر

(١) سقط من أ.

قول مالك في «باب نكاح التفويض» من «المدونة».

وفي المسألـة قول ثالث: أن ذلك لا يجوز وإن تراضيا ؛ لأن رضاها لا يعد رضـا، لكونها مـحجوراً عليـها، ومحاباة الـوصي في مالهـا لا يجوز أيضا، فلم يبق إلا المنع، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة».

فإن كانت مهملة وكانت ثيبًا: فالرضا بالصداق إليها دون وليها.

وإن كانت بكرًا ففرض لها الزوج أقل من صداق مثلها، فهل يجوز لها الرضا بما فرض لها أم لا؟ **على قولين قائمين من «المدونة»**:

أحـدهـمـا: أن رضاهـا بذلك لا يـجوز، هو ظاهـر قول مالـك في «المدونة».

والـثانـي: أن رضاها بأقل مـن صداق المثل جائز، وهو وقل الـغير في بضـع روايات «المدونة»، وعـليها اخـتصر أكثـر المختصريـن، كأبي سعـيد وغيره.

وسـبـب الخـلاف : هل البلوغ عـلامة الرشد [حتى يظهـر السفه؟ أو يحمل بعد البلوغ على السفه حـتى يتبين الرشد؟ وإلى أن البلوغ دلالة على الرشد][1] في الذكران والإناث .

ذهب زياد شبطون فيما رواه عن مالك، وهو ظاهر قول ابن القاسم في الذكران في «كتاب النكاح الأول» من «المـدونة» في قوله: وإذا احتلم الغلام فله أن يذهـب حيث شاء إلا أن يخاف علـيه من ناحية السـفه، فللأب أن يمنعه.

---

(١) سقط من أ.

ومشهـو [المذهب][1]: [أن][2] الاحتلام لا يكون دلالـة على الرشد لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾ الآية [3].

وقد ينبني فيه الخلاف على الخلاف في أفعال السفيه غير المحجور عليه، هل هي على الجواز حـتى ترد أو على الرد حتى يجاز؟ ومـشهور المذهب: أنها على الجـواز حتى ترد وما أظن خالف في ذلك مـن أصحاب مالك إلا ابن القاسم [فإن مات أحدهما فلا يخلو من ثلاثة أوجه :

أحدها: أن يموت قبل البناء وقبل التسمية.

والثاني: أن يموت قبل البناء وبعد التسمية.

والثالث: أن يموت بعد البناء][4].

فـــإن مات أحدهما قبـل البناء وقبل الفريضة، فـلا خلاف في مذهب مالك ـ رحمه الله ـ أنها لا شيء لها من الصداق وأنهما يتوارثان بينهما.

وذهب أبو حنـيفة إلى أن لها [صـداق المثل][5]، وهـو أحد قـولـي الشافعي.

وسبب الخلاف: معارضة القياس للأثر.

أما الأثر فمـا أخرجه الترمذي وأبو داود والـنسائي عن ابن مـسعود أنه

---

(١) في أ، جـ: المدونة.

(٢) سقط من أ.

(٣) سورة النساء الآية (٦).

(٤) سقط من أ.

(٥) في ع، هـ: الصداق.

سئل عن هذه المسألة، فقال : أقول فيها برأيي، فإن كان صوابًا فمن الله، وإن كان خطأ فمني، أرى لها صداق امرأة من نسائها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث ، فقام معقل بن يسار الأشجعي، فقال: « أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق» (١) .

فأما القياس [المعارض] لهذا الأثر: فهو أن الصداق عوض، فلما لم يقبض العوض لم يجب العوض قياسًا على البيع، ولا يعترض على هذا القياس بالمتوفى عنها [قبل البناء وقبل التسمية ؛ لأن الأصل كان ألا شيء لها من الصداق أيضا ؛ لأنها خرجت بالإجماع وقال المزني من أصحاب الشافعي رضي الله عنه] (٢) : إن ثبت حديث بروع فلا حُجَّة لأحدٍ مع السنة والذي قاله هو الصواب. والله أعلم .

فإن مات أحدهما قبل [ق/ ٢٢هـ] البناء وبعد التسمية، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن تكون التسمية في المرض.

والثاني: أن تكون في الصحة.

فإن كانت التسمية في الصحة ، فلم يدخل بها حتى مات أحدهما فلا خلاف أن لها جميع الصداق الذي فرض لها والميراث بينهما.

فإن كانت التسمية في المرض ، فلا تخلو من أن تكون هي المريضة أو الزوج هو المريض .

---

(١) أخرجه أبو داود (٢١١٦) ولاترمذي (١١٤٥)، والنسائي (٣٣٥٤)، وأحمد (٤٢٧٦)، وابن حبان (٤١٠٠)، وصححه الألباني.

(٢) سقط من أ.

فـإن كانت الزوجة هي المريضة ، ففرض لـها وهو صحيح، فلا تخلو من أن تموت من مرضها وهو صحيح أو تموت وهو مريض.

فإن ماتت وهو صحيح فالصداق لورثتها، ميراثًا بينهم وبينه.

وإن ماتت وهو مريض ، فـلا يخلـــو من أن يمـوت من ذلـك المـرض أو يصح بعد موتها .

فـإن مات من ذلك المرض، فلا صداق لها ولا لـورثتها، لا في الثلث ولا في رأس مال ؛ لأن ذلك من باب « لا وصية لوارث » .

فإن صحَّ من مرضه، فهل يكون ما فرض لها ميراثًا بينهم وبينه أم لا؟ فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه لا شيء [عليه][1] مما فرض [ق/ ٣٣ع] وهو مريض، وهو ظاهر قـوله في كتاب النكـاح [الثاني] [2] من «المـدونة» في «نـكاح المريض».

والـثانـي: أن ذلك لازم له أو لورثته، وهـو قول أصبغ، لأنه إذا صح تبين أن ذلك المرض مما لا يخشى عليه منه الموت .

فإن كان الزوج هو المريض، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما: أن يفرض ويدخل.

والثاني: أن يفرض ولم يدخل.

فإن فرض في المرض ودخل بها فيه كان لها الأقل من المسمَّى أو صداق المثل من رأس ماله؛ لأن العقد في الصحة، والدخول في المرض بوجهٍ جائز

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

يفارق النكاح في المرض.

فإن مات بعد البناء وقبل التسمية، فلها صداق المثل من رأس المال، والله أعلم [والحمد لله وحده][1].

(١) زيادة من جـ ، ع ، هـ.

المسألة الحادية عشرة
في نكاح التحكيم

واختلف في نكاح التحكيم ، هل هو مثل نكاح التفويض، وهو أن يتزوجها على حكمه أو على حكمها، أو على حكم فلان لوليها، أو على حكم أجنبي من الناس مستقل بذلك أو شارك أحد الزوجين فيه، أو نكاح التحكيم على خلاف نكاح التفويض؟ على أربعة أقوال: [ق/ ١٥٦أ] .

أحدهما: أن نكاح التحكيم مثل نكاح التفويض في الجواز إطلاقا، وهو قول ابن حبيب.

والثاني: المنع مطلقا ما لم يفت بالدخول، وهو قول الغير في «المدونة».

والثالث: التفصيل بين تحكيم الزوج فيجوز، وبين تحكيم غيره فيمنع، زوجة كان [المحكم][1] أو غيرها، وهو قول [ابن عبد الحكم][2] في «كتاب محمد».

والقول الرابع: بالتفصيل بين أن تحكم الزوجة فيمنع، وبين غيرها فيجوز، زوجا كان أو غيره، وهو قول عبد الملك [أيضا][3].

فعلى القول بجوازه مطلقا، هل الحكم فيه على الحكم في التفويض أو على عكسه؟ **فالمذهب على خمسة أقوال:**

---

(١) في أ: الحكم.

(٢) في ع، هـ: عبد الملك.

(٣) سقط من أ.

أحدها: أن الحكم فيه على الحكم في نكاح التفويض، وأن الغرض في ذلك إلى الزوج، سواء كان الحكم إليه أو إليها أو إلى أجنبي، وهذا القول حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم وابن عبد الحكم وأصبغ.

والثاني: أن الحكم فيه على عكس نكاح التفويض، وأن المحكم هنا كالزوج في التفويض، فإن فرض صداق المثل لزمها. وإن حكم بأقل من صداق المثل لزم الزوج، وكانت المرأة بالخيار، وإن فرض أكثر من صداق المثل لزم المرأة، والزوج بالخيار، ويجعل هذا معنى قوله في «الكتاب»: إن رضى بما حكمت أو رضيت بما حكم فلان أجاز النكاح، وإلا فرق بينهما، فلم يكن عليه شيء بمنزلة التفويض، إذا لم يفرض لها صداق المثل، وهذا تأويل أبي الحسن القابسي على «المدونة».

والقول الثالث: أن الحكم لا يلزم إلا بتراضي الزوج والمحكم زوجة كانت أو غيرها.

فإن فرض الزوج صداق المثل فأكثر ولم ترض بذلك المحكم، زوجة كانت أو غيرها لم يلزم. وإن فرض المحكم صداق المثل فأقل برضاها لم يلزم الزوج إلا أن يشاء، وهو تأويل أبي محمد.

والرابع: أنه لا يلزم إلا بتراضي الزوجين، وهو قول عبد الملك في «كتاب محمد».

والخامس: أنه لا يلزم إلا بتراضي الزوجة ، وهو قول عبد الملك.

وسبب الخلاف : [اختلافهم] [1] في الرخص هل يقاس عليها أو لا يجوز القياس عليها ؟ وذلك أن نكاح التفويض رخصة من الله تعالى ورفقا بعباده. والحمد لله وحده.

---

(١) سقط من أ.

المسألة الثانية عشر
في نكاح المريض والمريضة

ولا يخلو ذلك من وجهين:

أحدهما: أن تكون المرأة هي المريضة.

والثاني: أن يكون الزوج هو المريض.

فإن كانت الزوجة هي المريضة، فتزوجها في مرضها، فلا يخلو من أن يعثر على ذلك قبل الصحة أو بعد الصحة.

فإن عثر على ذلك بعد أن صحَّت، هل يثبت النكاح أو يفسخ بينهما؟ **فالمذهب على قولين منصوصين في «المدونة»**:

أحدهما: أنه يفسخ وإن صحَّت ، وهو الذي رجع عنه مالك.

والثاني: أنها إن صحت [ق/ ١٣٥جـ] ثبت النكاح بينهما، وهو الذي ذهب إليه مالك.

وعلى القول بأنه يفسخ وإن صحت ، فلا يخلو من أن يعثر على ذلك قبل الدخول أو بعده.

فإن عثر عليه البناء، فلا صداق لها، لا نصف ولا غيره.

وإن عثر على ذلك بعد البناء ، كان لها المسمى على أشهر المذهب، ولا ميراث بينهما.

وإن ماتت هي فلا يرثها ، وإن كان أبوها هو الذي زوجها ولا وارث لها غيره، وهذا نص قول ابن القاسم في «كتاب محمد» [فإن عثر عليه في

المرض فهل يجوز أن يفسخ وهو المشهور؟ قولان] [١] :

وإن كان الزوج هو المريض، فلا يخلو مرضه من أن يكون مرضًا مخوفًا منه أو غير مخوف منه.

فإن كان غير مخوف ويده مطلقة بالتصرف في ماله فحكمه حكم الصحيح في جميع أموره ولا إشكال في ذلك.

وإن كان مرضه مرضًا يخاف عليه منه حتى يمنع من التصرف في جميع ماله بالتعارف، فهل يجوز نكاحه أو لا يجوز؟ **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أن النكاح فاسد ويفسخ، متى عثر عليه ولا ميراث فيه، وهو مشهور المذهب.

والثاني: أن النكاح جائز جملة بلا تفصيل، وهو قول مطرف.

والثالث: التفصيل بين أن [يكون][٢] نكاحه للحاجة [والإصابة] والقيام بحقوق الزوجة فيجوز، أو يكون غير قادر على الإصابة وقصد الإضرار بالزوجة فلا يجوز، وهذا القول حكاه ابن المنذر عن مالك وابن القاسم.

وعلى القول بفساد النكاح ، فإن صحَّ فهل يثبت النكاح أم لا ؟ **على قولين** [منصوصين في المدونة .

وعلى القول بأنه يفسخ إن عثر عليه في المرض، هل يكون فسخه بطلاق أو بغير طلاق فالمذهب على قولين قائمين][٣] **من «المدونة»:**

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

أحدهما: أنه يفسخ بطلاق ، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنه يفسخ بغير طلاق ، وهو قول أشهب.

وهكذا اختلفوا أيضًا إذا مات من مرضه ذلك ، هل عليها عدة الوفاة أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أنها تعتد عدة الوفاة ، وهو أحد قولي ابن القاسم على ما حكاه عنه أبو محمد في «النوادر».

والثاني: أن عدتها ثلاثة قروء، وهو قول أشهب، وإليه رجع ابن القاسم.

وسبب الخلاف: في جميع ما قدمناه [اختلافهم][1] في العلة التي لأجلها منع نكاح المريض، هل العلة فيه استدخال الوارث على الورثة [أو] العلة الغرر الحاصل في الصداق؟

فمن ذهب إلى أن العلة المؤثرة في نكاح المريض استدخال الوارث على الورثة ؛ لأنه كما منع من استخراج الوارث كذلك يمنع من استدخاله، وإلى هذه العلة مال [جمهور] [2] متفقهة الزمان.

واختلف على موجب هذه العلة إذا تزوج أمة أو نصرانية، هل يجوز نكاحه أم لا ؟ **على قولين :**

أحدهما: أنه لا يجوز نكاحه أيضا ، وهو قول محمد بن الموّاز .

والثاني: أن النكاح جائز، وهو قول أبي مصعب .

وسبب الخلاف: اختلافهم في الطوارئ هل تراعى أو لا تراعى؟

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

فمن اعتبر الطوارئ قال: لا يجوز لأن الأمة قد تعتق والكتابية قد تسلم.

ومن لم يعتبرها قال: بالجواز لأن الإسلام [والعتق][١] [يقل] [٢] وقوعه.

وهكذا [اختلفوا][٣] أيضًا إذا تزوج حرة مسلمة بإذن ورثته ، هل يجوز النكاح أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أن ذلك لا يجوز لإمكان أن يموت الآذن ويصير الميراث لغيره، وهو قول محمد في كتابه.

والثاني: أنه جائز وهو اختيار بعض المتأخرين، وهذا مبني على الأصل الذي قدمناه.

ومنهم من ذهب إلى أن العلة المؤثرة في فساد النكاح الغرر الحاصل في الصداق، إذ لا يدري هل يصح من مرضه فيكون الصداق من رأس المال أو يموت فيكون من الثلث؟

فإذا صرف إلى الثلث لا يدري ما يحمل الثلث منه هل كله أو بعضه؟ وهذا غاية ما يكون من الغرر .

وهذه علة صحيحة يشهد [لها][٤] الاطراد والانعكاس .

والعلة الأولى ضعيفة في نفسها لوجود الحكم [مع عدمها] [٥]، وهو

(١) سقط من أ.
(٢) في ع: مما، وفي هـ: مما يندر.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ب: لصحتها.
(٥) في أ، جـ: بعدها.

عدم التأثير عند الأصوليين، وقد قال مالك في «كتاب الأيمان بالطلاق» فيمن طلق امرأته في مرضه قبل البناء بها ثم تزوجها قبل صحته انفسخ [نكاحه](1) معها، إلا أن يدخل بها، فيكون كمن [تزوج](2) في المرض وبنى فيه.

فقد فسخ نكاح المريض في هذه المسألة مع عدم العلة التي هي إدخال [ق/ ٣٤ ع] الوارث؛ لأنها ترثه على كل حال إن مات من ذلك المرض، لأنها مطلقة، فثبت أن العلة التي يصح أن يعلل بها الحكم الغرر في الصداق، كما قدمناه.

فإذا ثبت أن العلة الغرر في الصداق، فإن وقع الدخول، هل يكون صداقها من الثلث أو من رأس المال؟ **قولان:**

أحدهما: أن الصداق يخرج من رأس المال، وهذا القول مروي عن المغيرة، وهو شاذٌ جدًا.

والثاني: أنه يخرج من الثلث، وهو المشهور، والذي عليه الجمهور.

وعلى القول بأنه يخرج من الثلث، هل يجعل في الثلث صداق المثل [أو الأقل؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال.

أحدها: أنه يجعل في الثلث صداق المثل](3) بالغ ما بلغ، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «كتاب النكاح الثاني» من «المدونة»، وعلى ما تأوله الشيخ أبو عمران الفاسي، وهو قول ابن حبيب في «واضحته»، ولا فرق

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: نكح.

(٣) سقط من أ.

في ذلك بين أن يتزوجها [بتفويض][١] أو على صداق سمى.

والثاني: أنه يجعل في الثلث الأقل من التسمية أو صداق المثل، وهو ظاهر [قول ابن القاسم أيضًا] [٢] في كتاب « الأيمان بالطلاق » من «المدونة»، وهو [ظاهر][٣] قول سحنون في «كتاب النوادر»، وعزاه إلى عبد الرحمن ابن القاسم.

والقول الثالث: بالتفصيل بين أن يكون تفويض أو تسمية.

فإن كان تسمية فجميعه مصروف إلى الثلث.

وإن كان بتفويض فإن الزائد على صداق المثل ساقط ، وهو قول محمد واختياره [ق/ ٢٣هـ].

وعلى القول بأن صداق المثل مصروف إلى الثلث، هل يُبدا على المدبر في الصحة أو المدبر في الصحة يُبدا عليه؟

فالمذهب على أربعة أقوال:

أحدها: أن صداق المنكوحة في المرض مُبدا على جميع الوصايا وعلى المدبر في الصحة، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب النكاح الثاني» من «المدونة»، وهو قول ابن القاسم في «النوادر» أيضًا .

والثاني: أن المدبر في الصحة مُبدا على صداق المنكوحة في المرض، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «كتاب الزكاة» و«كتاب الوصايا» من «المدونة».

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، جـ: قوله.

(٣) سقط من أ.

والثالث: [أنه][1] يُبَدَّأ بقدر صداق المثل على الوصايا والزائد، ويحاصص [به][2] مع [أهل][3] الوصايا، وهو قول أصبغ.

والرابع: أن المدبر في الصحة وصداق المنكوحة في المرض يتحاصان.

فوجه قول من قال بتبدية الصداق على المدبر، أن الصداق قد يكون من الثلث إن مات من ذلك المرض، وقد يكون من رأس المال إن صح، والمدبر مصيره من الثلث على كل حال، فكان الصداق [أولى و][4] أقوى.

ووجه قول من قال بتبدية المدبر، عقدٌ عقده في الصحة والمنكوحة في المرض عقد عقده، وفعل الصحة أبدًا [مقدم] [5] على فعل المرض.

ووجه قول من قال أنهما يتحاصان ، لقوة أمرهما وعدم الترجيح لأحدهما، فلم يبق إلا التحاصص بينهما ، [والحمد لله وحده] [6].

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من هـ.
(١) سقط من أ.
(٥) في ع، هـ: مبدي.
(٦) زيادة من جـ، ع، هـ.

المسألة الثالثة عشر
في دعوى الأخوة بين الزوجين

ولا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه :

أحدها: أن يدعى ذلك الزوجان فيما بينهما .

والثاني: أن [يدعي ذلك][1] الأبوان أو أحدهما .

والثالث: أن يدعي ذلك الأجنبيون .

فالجواب عن الوجه الأول: إذا ادعى ذلك أحد الزوجين، فلا يخلو من أن يدعيه الزوج أو الزوجة .

فـإن ادّعا الزوج أنها أخته من الرضاعة، فلا [ق/ ١٥٧أ] يخلو ذلك من وجهين:

أحدهما: أن تصدقه .

والثاني: أن تكذبه .

فإن صدقته ، فلا يخلو من أن يكون ذلك قبل العقد أو بعده .

فـإن كان قبل العقد: فلا يجوز النكاح بينـهما لتقاررهما على أنفسهما بالأخوة فيما بينهما .

وإن كان بعد العقد ، فلا يخـلو من أن تكون الزوجة مالكـة أمر نفسها أو غير مالكة .

فإن كانت مالكة أمر نفسها ، فالنكاح بينهما مفسوخ، ولا شيء لها من

---

(١) في أ: يدعيهما.

الصداق.

إن كانت غير مالكة أمر نفسها، فالصداق واجب لها على زوجها إن كان بعد البناء أو نصفه إن كان قبله، والنكاح بينهما مفسوخ كما تقدم.

فإن تكاذبا، مثل أن يدعي ذلك أحدهما ويكذبه الآخر، فلا يخلو من أن يكون الزوج هو المدعي ذلك أو الزوجة.

فإن كان الزوج هو مدعي [الأخوة][1] وأنكرت المرأة ما ادعاه، فالقول قولها ويؤاخذ الزوج بمقتضى قوله، ويحكم عليه بطلاقها ويكون لها جميع الصداق إن كان بعد البناء أو نصفه إن كان قبل البناء.

فإن كانت هي المدعية لذلك والزوج منكر، فلا يحكم عليه بفراقها بمجرد دعواها ، وينظر.

فإن كان ذلك بعد البناء، فإن شاء الزوج طلق أو ردت عليه جميع الصداق لأنها أغرته.

وإن شاء أمسك ولا شيء عليه من قولها؛ لأنها متهمة في إرادة الفراق.

والجواب عن الوجه الثاني: إذا ادعى ذلك الأبوان أو أحدهما.

فإن ادعى ذلك الأبوان أو أحدهما أبو الزوج وأبو للمرأة، فلا يخلو الزوج من أن يكون ممن يلزمه عقد الأب أو لا يلزمه.

فإن كان ممن يلزمه عقد الأب في النكاح لصغره، فلا إشكال [أن إقرار][2] الأب في ذلك كإقراره إن كان بالغًا رشيدًا، وذلك أن عقدة النكاح

---

(١) في ع، هـ: لأخوة الرضاع.
(٢) سقط من أ.

بيد الأب، كما أن عقدة النكاح بيد الابن.

فإن كان ذلك قبل العقد، فلا يجوز للأب الإقدام على العقد.

فإن كان بعد العقد، فلا يلزم الولد إقرار الأب؛ لأنه يتهم في حل ما عقده عليه من النكاح .

وإن كان الولد ممن لا يلزمه عقد الأب، مثل أن يكون الولد بالغًا رشيدًا، فلا يخلوا الأبوان من أن يكونا عدلين أو غير عدلين.

فإن كان عدلين أبو الزوج وأبو المرأة، فلا خلاف في قبول شهادتهما وثبوت [المحرمية][1] بالرضاع بينهما.

وإن كانا غير عدلين أو أحدهما، فلا يخلو من أن تقارن شهادتهما الفشو والعرف أم لا.

فإن قارنها الفشو والعرف أوجبت شهادتهما [المحرمية][2] بينهما.

وإن لم يقارنها أوجبت التنزه، فهل يوجب التحريم أم لا ؟ قولان:

فإن ادعى ذلك أحد الأبوين، فلا يخلوا من أن يكون الذي ادعى ذلك أو الزوج أو أبو المرأة.

فإن ادعى ذلك أبو الزوج، فعلى التفصيل الذي قدمناه إن ادعاه الأبوان.

فإن ادعى ذلك أبو الزوجة: فالحكم فيه كالحكم في دعوى الأجانب، ونحن نذكره أيضا إن شاء الله تعالى.

---

(١) في ع، هـ: الحرمة.

(٢) في ع، هـ: الحرمة.

واختلف في الأم [هل هي كالأب] [1] فيما تدعيه، أعني أم الزوج أو أم الزوجة ، على قولين قائمين من «المدونة» :

أحدهما: أن الأم كالأجنبي، وهو ظاهر قوله في «المدونة» في «كتاب الرضاع»، وهو المشهور.

والثاني: أن الأم كالأب، وهو قوله في «كتاب محمد» و«كتاب ابن حبيب» وهو ظاهر «المدونة» على إحدى الروايتين في كتاب [الرضاع] إذا قالت امرأة مكان أم المرأة.

وقال بعض المتأخرين: لعل معنى ذلك إذا كانت الأم وصية على عقد النكاح، فكانت كالأب.

وقال بعضهم: لا فرق بين الوصية وغيرها، بخلاف الأب، وهو الصحيح، والله أعلم.

والجواب عن الوجه الثالث: إذا ادعى ذلك الأجنبيون فلا يخلو من أن يكون ذلك لشهادة قاطعة أم لا .

فإن ثبت بشهادة قاطعة، فلا إشكال في العمل بمقتضاها.

وإن كان ذلك بغير شهادة قاطعة ، مثل أن يسمع ذلك بشهادة النساء، فلا يخلو من وجهين [ق/ ١٣٦جـ] :

أحدهما: أن يكون ذلك بشهادة امرأتين .

والثاني: أن يكون بشهادة امرأة واحدة .

فإن سمع ذلك بشهادة امرأتين، فإن كانتا [غير] [2] عادلتين أوجبت

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من هـ.

شهادتهما التنزه عنها ولا توجب التحريم.

وإن كانتا عادلتين، فإن [قارنها][١] الفشو [أوجبت التحريم، وإن لم يقارنها الفشو][٢] ، فهل يوجب التحريم أو التنزه دون التحريم؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنها توجب التحريم [وإن لم يقارنها الفشو][٣]، وهو قول مطرف وابن الماجشون وابن وهب وابن نافع وأصبغ في «كتاب ابن حبيب».

والثاني: أنها توجب التنزه دون التحريم، وهو ظاهر «المدونة» في «كتاب النكاح الثاني»، و«كتاب الرضاع» من «المدونة»، وهو قول مالك وابن القاسم.

فإن سمع ذلك بشهادة امرأة واحدة [وإن لم يقارنها الفشو فهل تفيد التنزه أم لا ؟ قولان:][٤] فإن قارنها الفشو: فلا خلاف أنها توجب التنزه، وهل توجب [المحرمية][٥] أم لا؟

قولان قائمان في «المدونة» منصوصان في المذهب:

أحدهما: أنها توجب التنزه دون التحريم، وهو المشهور.

والثاني: أنها توجب التحريم، وهو ظاهر قوله في كتاب «النكاح الثاني» من «المدونة» في قوله: شهادة المرأة [الواحدة][٦] في الرضاع لا

---

(١) في جـ: قارنهما.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) في ع، هـ: التحريم.
(٦) سقط من أ.

يقطع بها شيء، إلا أن يكون أمرًا قد فشا وعرف.

وهو نص قوله في كتاب ابن الموّاز.

وسبب الخلاف: اختلافهم في [تأويل الأثر][١] المعارض للإجماع، وذلك أن الإجماع انعقد على أنه لا يقبل من الرجال أقل من اثنين، ثم لا يخلو حال النساء من أحد وجهين:

إما أن تكون أضعف حالا من الرجال.

وإما أن تكون أحوالهن في ذلك متساوية للرجال.

والإجماع منعقد على أنه لا يقضي بشهادة، [امرأة واحدة]، والأثر الوارد في ذلك حديث عقبة بن الحارث أنه قال: يا رسول الله إني تزوجت امرأة، فأتت امرأة فقالت: إني أرضعتكما، فقال له رسول الله ﷺ: **«كيف وقد قيل دعها عنك»**[٢].

فذهب بعضهم إلى أن معنى قوله ﷺ : **«دعها عنك»** أنه على الندب جمعًا بينه وبين الأصول.

ومنهم من يحمل ذلك على الوجوب.

والقولان عن مالك ـ رحمه الله، [والحمد لله وحده] [٣].

---

(١) في أ، جـ: التأويل.

(٢) أخرجه البخاري (٢٥١٦، ٢٥١٧، ٤٨١٦).

(٣) زيادة من جـ، ع، هـ.

المسألة الرابعة عشرة
في الأخوين إذا تزوجا أختين ، وأدخل على كل أخ زوجة أخيه

فالحكم في ذلك أن ترد كل واحدة منهما إلى زوجها ، ولا يطأها إلا بعد الاستبراء .

والحد في ذلك على من علم منهما من رجل أو امرأة .

واختلف في ذلك في موضعين :

أحدهما: في نفقتها في مدة الاستبراء، على من تكون؟

والثاني: في الصداق هل يرجع به على الذي وطئها أم لا؟

وأما الموضع الأول : في نفقتها أمد الاستبراء، هل هي على نفسها أو على واطئها؟ **فالمذهب على قولين** :

أحدهما: أن نفقتها في مدة الاستبراء على الوطء ؛ لأنها احتبست من أجله .

والثاني: أن نفقتها على نفسها، فإن ظهر منها حمل رجعت على الواطئ بما أنفقت .

وإن خرجت من الاستبراء ، لم يكن [لها] [1] عليه شيء ؛ لأنه وطء بوجه شبهة، وإلى هذا المذهب ذهب الشيخ أبو عمران الفاسي، واتفقوا أنها : لا نفقة لها على زوجها في مدة الاستبراء؛ لأن النفقة إنما تجب على

---

(١) سقط من أ.

الزوج بالادعاء و[التمكن أو][1] بالتمكين على الانفراد على ظاهر «الكتاب».

وأما الموضع الثاني: في الصداق، هل يثبت لها على الذي وطئها أم لا؟
فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:

أحدهما: أن لكل واحدة منهما صداقها على الذي وطئها، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

[والثاني]: أنه لا صداق [لها] [2] عليه ولا تعمر ذمته بشيء، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب تضمين الصناع» فيمن اشترى ثوبا [فغلط][3] البائع [فدفع إليه] [4] غيره فقطعه: فلا شيء عليه في القطع.

وسبب الخلاف: [اختلافهم في][5] المخطئ في مال نفسه هل هو كالمخطئ في مال غيره أم لا؟

فمن رأى أنه كالمخطئ في مال غيره، قال يكون لها الصداق على الواطئ، وهو قوله في «كتاب محمد» في البائع الذي أخطأ، فدفع للمشتري غير الثوب الذى اشترى منه .

ومن رأى أنه كالمخطيء في مال غيره، قال : لا صداق على الواطئ.

لأنها جنت على نفسها باستعجالها في الدخول ومبادرتها قبل التثبت

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في ع، هـ: فأخطأ.

(٤) في ع، هـ: فأعطاه.

(٥) سقط من أ.

بزوجها وبمن تحل لها الخلوة معه، فكان الغرر من [جهتها ووبال الغرر عليها، وعلى القول بأن لها الصداق على الواطئ فهل يكون لكل واحدة منهما](١) صداق المثل [أو المسمى](٢)، **فالمذهب على ثلاثة أقوال:**

أحدها: أ لكل واحدة منهما صداق مثلها على [الواطئ](٣) [ق/ ٢٤هـ]، وهكذا ذكره أبو القاسم بن محرز أنه وجده لابن القاسم ، وظاهر هذا القول ألا فرق بين أن يتساوى الصداقان أو يختلفا.

والثاني: أن لكل واحدة منهما ما سُمي لها مع الزوج الأول، وهو قول سحنون، وظاهره ألا فرق بين المساواة وعدمها.

والقول الثالث: التفصيل بين أن يتفق الصداقان، فيكون [كما قال سحنون الصداقان فيكون] (٤) كما قال ابن القاسم، وهو قول ابن لبابة [أيضا](٥).

فوجه القول الأول: لأن كل واحدة مهما دخلت على ذلك، وبه سلمت بضعها.

ووجه القول الثاني: أن الواطئ وطئ بوجه شبهة، فيكون الرجوع فيه إلى صداق المثل من غير اعتبار بالتسمية، ولا يتساوى الصداقان لأن للزوج مقالا [في] (٦) أن يقول : إنما بذلت هذا الصداق لزوجتي لجمالها أو

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ب: واطئها.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.
(٦) سقط من أ.

لدينها، وأما هذه فما كنت أبذلت لها، ولا أرضى أن تكون من نسائي، فضلا من أن أبذل لها ما بذلت لغيرها، وصداق كل واحدة منهما ثابت [لها][1] على زوجها، وهل يحط عنه شيء لما كان استمتع بها غيره وأخذت منه العوض أم لا ؟ **فلا يخلو** من أن تكون بكرًا أو ثيبًا.

فإن كانت بكرًا، هل يحط عنه شيء لمكان البكارة أم لا؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه يحط عنه مما سمي من الصداق قدر ما يزاد فيه لأجل البكارة؛ لأنها أخطأت فيما باعته [من الأول][2] بثمن، فأهلكته بتسليمها لغير المشتري.

والثاني: أنه لا يحط عنه شيء لأجل البكارة؛ لأنها فعلت ما يجب عليها من التسليم جبرًا كما لو غصبت.

فإن كانت ثيبًا، فلا يوضع عنه من المسمى شيء لأن وطء الواطئ لم ينقص منها شيء.

[والقولان [مخرجان غير][3] [منصوص عليهما][4] والحمد لله وحده][5].

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) في ع: منصوصين.

(٥) سقط من جـ.

المسألة الخامسة عشرة
في ملك أحد الزوجين صاحبه

وإذا ملك أحد الزوجين صاحبه، فالنكاح مفسوخ بينهما بالاتفاق، للإجماع على أنه لا يجوز للسيد أن يتزوج أمته.

فإن فعل، فلا يجوز النكاح، ويكون له أن يطأها بملك اليمين.

- ويفسخ [النكاح][1] إن هي اشترت زوجها للإجماع أيضا على أنه لا يحل للمرأة أن تتزوج عبدها، [لما][2] في ذلك من تعارض الحقوق [ق/١٥٨أ]، ولا فرق في ذلك بين أن يملك أحدهما جميع صاحبه أو بعضه.

واختلف في المكاتب إذا اشترته زوجته أو اشتراها الزوج وهي مكاتبة، فهل يفسخ النكاح بينهما من الآن أو لا يفسخ إلا بعد العجز؟ **على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أن النكاح مفسوخ لأن ذلك ملك الرقبة.

والثاني: أنه لا يفسخ إلا بعد العجز ؛ لأن الشراء الآن إنما وقع على الكتابة.

وسبب الخلاف: اعتبار الحال والمآل .

فإذا قلنا باعتبار المآل يفسخ النكاح بينهما من الآن، فهل يكون الفسخ بطلاق أو بغير طلاق؟ فلا يخلو ملك أحدهما لصاحبه من أن يكون بإيثار واختيار أو يكون باضطرار:

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من أ.

فإن كان باختيار [وإيثار][1] كالشراء والهبة، وما كان في معناهما مما يرجع قبوله إلى خيرة المشترى، هل يكون فسخًا بطلاق أم لا؟ **على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أنه فسخ بغير طلاق ، وهو مذهب المدونة.

والثاني: أنه فسخ بطلاق ، وهي رواية ابن وهب عن الليث.

فوجه القول بأنه يفسخ بطلاق : أنه لما كان الملك باختيار المالك منهما، فكأنه أراد الطلاق واختاره، وهذا يتجه إذا كان الزوج هو المالك.

وأما إن كان هو المملوك فلا ؛ لأن الطلاق بيد الزوج لا بيدها، وإن اختارت الملك.

ووجه قول من قال أنه فسخ بغير طلاق: أن الملك الطارئ على النكاح بوهن قواعده ويهدم أمره، فبنفس عقد الشراء انفسخ النكاح، لاستحالة اجتماعهما.

وعلى هذا الخلاف يتركب الخلاف في نصف الصداق:

فمن رأى أنه فسخ بطلاق قال: لها نصف الصداق.

ومن رأى أنه فسخ بغير طلاق قال: لا شيء لها من الصداق.

فإن كان ذلك على معنى الاضطرار مثل: أن يرث أحدهما صاحبه، فهذا لا خلاف فيه أنه فسخ بغير طلاق.

فرع: في عبد زوجه سيده، وضمن عنه الصداق، ثم دفع السيد العبد إلى زوجته فيما ضمن من صداقها برضاها قبل أن يدخل بها، فلا يخلو

(١) سقط من أ.

[السيد](١) من أحد وجهين:

إما أن [يغترى](٢) بذلك فسخ النكاح أم لا:

فإن [اغترى](٣) السيد بذلك فسخ النكاح، ليفرغ بذلك عبده، فالنكاح ثابت بينهما، لقيام التهمة بينهما.

فإن لم يغير السيد بذلك فسخ النكاح بينهما، فالنكاح بينهما مفسوخ.

واختلف في العبد، هل يرجع إلى السيد أو يكون الخيار للزوجة أم لا؟ على قولين:

أحدهما: [ق/ ٣٥ع] أن العبد يرجع إلى السيد، ولا خيار للزوجة في ذلك، ولا شيء لها من الصداق؛ لأنه فسخ بغير طلاق، وهو [قول](٤) ابن القاسم [في المدونة](٥).

والقول الثاني: أن الخيار في ذلك للزوجة إن أحبت أن تدفع الصداق للسيد ويكون لها العبد كان ذلك لها، ويعد ذلك منها شراء للعبد.

وإن كرهت، رجع العبد إلى السيد ويفسخ النكاح، وذلك أنه بنفس قبولها للعبد انفسخ النكاح، وإذا انفسخ النكاح بينهما رجع العبد إلى مولاه؛ لأن الفراق من سببها لقبولها العبد ورضاها به [والحمد لله وحده والصلاة على محمد النبي الكريم](٦).

---

(١) سقط من أ.
(٢) في جـ: يعترى.
(٣) في جـ: اعترى.
(٤) في أ: مذهب.
(٥) سقط من أ.
(٦) زيادة من جـ، ع، هـ.

المسألة السادسة عشرة
في نفقة الزوجات

والأصل في وجوب نفقة [الزوجات][١] وثبوتها على الجملة الكتاب والسنة وإجماع الأمة.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٢].

وأما السنة: فقوله ﷺ [:«**ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف**»[٣]][٤]، ومنها ما خرجه البخاري ومسلم من حديث هند حين جاءت إلى رسول الله ﷺ، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل مسيك لا يعطيني أنا وولدي من النفقة ما يكفيني، فقال لها رسول الله ﷺ: «**خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف**»[٥].

وأما الإجماع: فمعلوم من دين الأمة ضرورة أن الزوجة [إذا][٦] [مكنت][٧] نفسها من زوجها [و][٨] ارتفعت الموانع من جهتها، وجبت

(١) في أ: الأزواج.
(٢) سورة البقرة الآية (٢٣٣).
(٣) أخرجه مسلم (١٢١٨).
(٤) سقط من أ.
(٥) تقدم.
(٦) سقط من جـ.
(٧) في أ: ملكت وفي جـ: أمكنت.
(٨) سقط من أ.

لها النفقة على زوجها، [إن] [١] كان مثله يطأ.

فإذا ثبت ذلك، فلا يخلو الزوج من أن يكون حرًا أو عبدًا :

فإن كان حرًا، فلا تخلو زوجته من أن تكون حرة أو أمة:

فإن كانت حرة، فلا يخلو الزوج من أن يكون بالغًا أو غير بالغ:

فإن كان غير بالغ إلا أنه قادر على الوطء ، هل تجب عليه النفقة أم لا؟

فالمذهب على قولين :

أحدهما: أنه لا تجب عليه النفقة ولا الصداق حتى يحتلم، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: [أنه][٢] إذا بلغ [حد][٣] الوطء وقوى عليه، فالنفقة والصداق عليه، وإن لم يحتلم ، وهو [ق/ ١٣٧ جـ] قوله في «مختصر ما ليس في المختصر ».

وسبب الخلاف : ما قارب الشيء، هل يعطى [له][٤] حكمه أم لا؟

فإن كان الزوج بالغاً [واحتلم][٥]، فلا تخلو الزوجة من أن تكون متمكنة للاستمتاع أو غير متمكنة .

فإن كانت متكنة للاستمتاع ، فإن النفقة تجب على الزوج بالادعاء والتمكين أو بالتمكين على الانفراد ، على اضطراب من قول مالك

(١) في جـ: إذا.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من أ.

في «الكتاب».

ففي «كتاب الزكاة الثاني» ما ظاهره: أنها تجب عليه بالتمكين خاصة، وهو قول سحنون في غير « المدونة » .

وظاهر قوله في «كتاب النكاح الثاني»: أنها لا تجب إلا بالأمرين.

فإن كانت الزوجة غير متمكنة [من] [١] الاستمتاع، فلا يخلو من أن يكون ذلك بسببها أو بغير سببها.

فإن كان ذلك بسببها [كالنشوز] [٢]، فهل لها النفقة أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنها لا نفقة لها، وهو المشهور، وهو الذي عليه الجمهور، وهو المذهب المنصور عند النظار من أصحابنا العراقيين، وهذا القول قائم من «المدونة» من كتاب «العدة وطلاق السنة» في المطلقة التي غلبت زوجها وسكنت في موضع غير بيتها الذي طلقها فيه أنها لا كرى لها على الزوج.

فقال بعض المتأخرين: هذا من أدل الدلائل على أن الناشزة لا نفقة لها، وخالفه غيره من المتأخرين في [هذا][٤] الاستقراء.

والقول الثاني: أن الناشزة لها النفقة، وهو قوله في «كتاب ابن الموَّاز»، ونصه: وإذا غلبت امرأة زوجها، وخرجت من منزله، وأبت أن ترجع إليه، وأبى أن ينفق عليها حتى ترجع، فأنفقت من عندها، فقال مالك : فلها اتباعه بذلك.

وفي «كتاب ابن سحنون» :

---

(١) سقط من أ.
(٢) سقط من أ.
(٣) في ع، هـ: فهو النشوز.
(٤) سقط من أ.

سأل ابن حبيب سحنون: عن المرأة تهرب من زوجها إلى تونس وتنشز عن زوجها الأيام، ثم طلبت النفقة فقال: إن نشزت عنه ؛ لأنها تدعي أنه طلقها، فلا نفقة لها، وإن قالت: إنها فعلت ذلك بغضة فيه ، فلها النفقة كالعبد الآبق نفقته على سيده .

وسبب الخلاف: النفقة هل هي بإزاء العوض أو ليست ؟

فمن رأى أنها بإزاء عوض قال: لا نفقة [للناشزة لأنها غصبت المنافع التي عنها يعوض الزوج ولهذا يكون للحائض والمريضة][1] لأن المنع ليس من سببها.

وأما من رأى أنها ليست لأجل العوض قال: لها النفقة.

وإن كان المانع من غير سببها، فلا يخلو من أحد وجهين:

إما أن يكون له غاية ينتهي إليها.

أو لا غاية له.

فإن كان لهذا المانع غاية ينتهي إليها كالصغر، فإنه يزول بالبلوغ فلا نفقة لها حتى تبلغ حداً يتأتى الزوج الاستمتاع بها.

فإن لم يكن له غاية معلومة، ولا حد معلوم في مستقر العادة ، فلا يخلو من أن يكون لها قدرة على زواله ورفعه كالرتق **أو** لا قدرة لها على رفعه كالمرض.

فإن كان مما لها قدرة على رفعه كالرتق وغيره من موانع الوطيء، فهي مخيرة بين أن تداوي نفسها حتى يتمكن الزوج [من][2] الوصول إلى

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

الاستمتاع فيلزم ذلك الزوج.

أو تأبى وتمنع من المعالجة، فليخير الزوج بين أن يدفع الصداق ويعقد معها على [ذلك](١) أو يطلق ولا شيء لها من الصداق.

فإن كان المانع مما لا قدرة لها على رفعه وزواله كالمرض، فلا يخلو ذلك المرض من أن يكون يقدر الزوج على الجماع معه أم لا.

فإن كان مما يقدر معه على الجماع فلها النفقة على الزوج .

وإن كان مما لا يقدر الزوج معه على الجماع ودعا إلى البناء، فلا يخلو من أن تبلغ حد السياق أو لا تبلغ .

فإن بلغت حد السياق: فلا خلاف أعلمه في المذهب أنه لا تلزمه [النفقة](٢) ؛ لأن التمكين غير موجود.

وإن لم تبلغ حد السياق، فهل تجب [عليه](٣) النفقة عليه أم لا؟

فالمذهب [ق٢٥/ هـ] **على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أنه لا نفقة عليه، وهو قوله في «المدونة»، وهو قول سحنون في «السليمانية».

والثاني: أن النفقة تلزمه ما لم تقع في السياق، وهو قول ابن القاسم في «المدونة».

وسبب الخلاف: اختلافهم في المانع المعتبر، هل هو المانع من الاستمتاع [التام أو المانع من الاستمتاع](٤) على الجملة؟

---

(١) في ع، هـ: بتلك الحالة.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

فمن اعتبر الاستمتاع التام قال: لا نفقة لها؛ لأن المرض معلوم أنه لا يستمتع معه كل الاستمتاع.

ومن اعتبر الاستمتاع على الجملة قال: لها النفقة؛ لأن الاستمتاع متأت له على الجملة.

وإذا تمكن له الدخول ولم يفعل، هل تجب [عليه] (١) النفقة بنفس التمكين أو لا تجب إلا بعد الحكم؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنها تجب بنفس التمكين من غير حكم حاكم، وهو قول مالك، وهو ظاهر «المدونة».

والثاني: أنها لا تجب لها النفقة إلا بعد الحكم والفرض من الحاكم، وهو قول أشهب في «كتاب محمد».

وأما إذا كانت زوجته أمة والزوج حرًا أو عبدًا ، هل لها النفقة على الزوج أم لا؟ **فلا يخلو من [وجهين]**(٢):

أحدهما: أن يشترط السيد على الزوج النفقة أو اشترط الزوج على السيد أن تكون عنده.

والثاني: ألا يشترط واحد منهما على الآخر شيئًا.

فإن اشترط أحدهما على الآخر شرطا، مثل: أن يشترط السيد النفقة [على الزوج](٣) أو اشترط الزوج التبوء معها على السيد، فالنفقة على الزوج في هذا الوجه اتفاقا [ووفاقا](٤).

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: ثلاثة أوجه.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

وإن لم يشترط واحد منهما على الآخر شيئا، هل تكون النفقة على الزوج أم لا؟ **فالمذهب على خمسة أقوال:**

أحدها: أن لها النفقة [على الزوج][1] لأنها من الزوجات، وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنها لا نفقة لها وإن كانت تأتي زوجها، وهو قوله في «كتاب محمد».

والثالث: التفصيل بين أن يأتيها أو تأتيه هي:

فإن كان يأتيها فلا نفقة لها.

وإن كانت هي التي تأتيه فلها النفقة، وهو قول مالك أيضا.

والقول الرابع: [ق/ ١٥٩أ] أن لها النفقة في الوقت الذي تكون عنده، وهو قول ابن الماجشون.

والخامس: أن نفقتها وكسوتها على سيدها وعليه أن يرسلها في كل أربع ليال ليلة، وعلى الزوج نفقة تلك الليلة [ويومها][2] وإن ردها في صحبها ولا كسوة لها في تلك الليلة ، وهو قول ابن حبيب.

وسبب الخلاف [ق/ ٣٦ع]: معارضة العموم للقياس، وذلك أن العموم يقتضي أن لها النفقة ؛ لأنها داخلة في عموم الآية، والقياس يقتضي ألا نفقة لها إلا على سيدها الذي يستخدمها، وتكون النفقة بين السيد والزوج على قدر انتفاعها ؛ لأن كل واجد منهما ينتفع ضربا من الانتفاع.

وإلى هذا أشار من قال: عليه نفقة اليوم الذي تأتيه.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ، جـ: وقوتها.

فإن كان الزوج عبدًا والزوجة حرة ، هل تجب لها على الزوج النفقة أم لا؟ **فالمذهب على قولين :**

أحدهما:أن عليه النفقة وهو قول مالك في «المدونة».

والثاني: أنها لا نفقة لها [عليه][١] وهو قول أبي مصعب، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب محمد»: وأحب إليَّ إذا نكح أن تشترط عليه النفقة بإذن سيده ، وقد حكى في ذلك ابن المنذر ومحمد بن الموَّاز إجماعا: أنها لا نفقة لها.

والخلاف موجود في المذهب كما ترى، فكيف عنك في [المذاهب][٢]

وسبب الخلاف: الإذن في النكاح، هل هو إذن في توابعه أم لا؟

فمن رأى أن الإذن في النكاح إذن في النفقة قال: لها النفقة.

ومن رأى أن الإذن في النكاح لا يكون إذنًا في النفقة ، قال: لا نفقة لها؛ لأن العبد محجورٌ عليه، والمحجور عليه الإذن في حقه مقصور على عين ما أذن له فيه، خاصة والزائد عليه بقى على أصل التحجير، والله أعلم.

فإذا طلبت الزوجة [النفقة][٣] وقام لها دليل على صحة الطلب، فلا يخلو الزوج من أن يكون حاضرًا أو غائبًا.

فإن كان حاضرًا ، فلا يخلوا من أن يكون موسرًا أو معسرًا.

فإن كان موسرًا، فطلبت الزوجة الفريضة ، فإن السلطان يفرض لها ما

---

(١) سقط من أ.

(٢) في هـ: غير المذهب.

(٣) سقط من أ.

تستحقه من النفقة والكسوة والغطاء والوطاء وما تميط به الأذى وتزيل الشعث وتطيب النكهة، وذلك على قدر ماله وحاله، وذلك يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة، وليس في ذلك قدر معلوم ولا شرع محتوم، وإنما ذلك على قدر اجتهاد الحاكم.

والكلام في هذا الفصل في موضعين:

أحدهما: في مقدار ما يفرض لها.

والثاني: في مقدار المدة التي يفرض لها فيها.

فأما الموضع الأول: وهو معرفة مقدار ما يفرض لها، فقد اختلف المذهب فيه على قولين:

أحدهما : أنه يفرض لها مد هشام للغداء والعشاء، وهو مدان إلا ثلث بمد النبي ﷺ على مذهب «المدونة»، وهو قول مالك في «كتاب محمد» من قمح أو شعير أو ذرة أو تمر مما هو عيش أهل ذلك البلد أو جلّهُ .

والثاني: [أنه] (١) يفرض [لها] (٢) في الشهر [وَيْبَتَيْنِ] (٣) ونصف مكفأ، وهو قول ابن القاسم في «كتاب ابن المواز».

قال ابن حبيب في الويبة: اثنا وعشرون مدًّا بمد النبي ﷺ، وما قاله ابن القاسم قريب من قول مالك ﷺ إلا أن يعجز عن ذلك، فينظر الإمام في ذلك بما هو الصلاح لهما، وليضم لها إلى ذلك دراهم لطحين [وخبيز](٤)

---

(١) في أ: أنها ، وفي ع: أن.
(٢) سقط من أ.
(٣) في أ: ويبتان.
(٤) في أ، جـ: وخبز.

[وحطب][1] وماء وزيت ، والطبخة بعد الطبخة من اللحم، وإن وجد سعة زيد عليه بقدر سعته وبقدر ما هي وفي «كتاب ابن حبيب»: ومن اللحم على الملي بدرهم في الجمعة ودرهمين أو ثلاثة في صرفها في ماء وغسل ثوب وطحين وخبيز وغيره، ولا يفرض لها فاكهة ولا عسل ولا الجبن ولا يتقلل من هذا لفقره ، ولا يزاد عليه لغنائه، وهذا في تشاححهما انتهى قوله.

ومن «كتاب محمد»: ولا يفرض العسل ولا السمن ولا الجالوم ولكن الخل والزيت وما لا غنى عنه على قدر الرجل والمرأة، وبمشط رأسها ودهنه، وهذا للموسر والمعسر، إلا أن الموسر يزاد [عليه][2] بقدرها من قدره.

فإن كانت ترضع فرض لها ما يقوم بها في رضاعها .

واختلف فيما يجب لها عليه من قمح وغيره ، هل يجوز فيه دفع القيمة أو لا يجوز؟ **على قولين** :

أحدهما: الجواز، وهو ظاهر قول مالك في «كتاب النكاح الثاني» من «المدونة»، حيث جوز [المقاصة] [3] للزوجين : إذا كان لها عليه دين وكانت موسرة ، فأراد أن يقاصها بالذي لها عليه من النفقة فيما له عليها من دين، وهو قول أبي محمد في «النوادر».

والثاني: أنه لا يجوز ذلك ؛ لأنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه ؛ لأن الواجب لها عليه طعام وثمن توابعه، وهذا هو المشهور.

---

(١) سقط من أ.
(٢) في أ: عليها.
(٣) سقط من أ.

وقد اختلف في المقاصة، هل يجبر عليها من أباها [أم لا][1]؟

[على قولين:

أحدهـما: أنه يجبر عليها من أباها وهو قول مالك في «كتاب المكاتب» من «المدونة».

والثاني: أنه لا يجبر عليها من أباها][2] وهو قوله في «كتاب الصرف» في الذي صارف من عند الصراف عـشرين [ق/ ١٣٨جـ] درهما بدينار، فأراد الـصراف أن يقاصـصه في دينـار الصرف بـدينار كان لـه عليه عـلى اختلاف [بين][3] المتأخرين في تأويل ما وقع [في كتاب الصرف][3] على ما سنبينه هناك إن شاء الله .

وأما ما وقع في «كتـاب النكاح الثاني» فقد اضطرب فـيه قوله، وفصل فيه بين أن تكون الزوجة موسرة أو معسرة:

فإن كانت موسرة قال: تجوز المقاصة.

وإن كانت معسـرة قال: لا تجوز المقاصة إلا برضاهـا، وهذا كما تراه، فإن جاز أن يجبر على المقاصة من أباها كيف يعتبر رضاها مع العسر؟

وأما الموضع الثاني: في مقدار المدة التي يفرض لها فيه ، وذلك يختلف باختلاف حالات الزوج في عُسره ويُسره.

فإن كان الزوج موسرًا، فالمذهب على قولين:

أحدهما: أنه يجوز أن يفرض لها سنة، وهو قول ابن القاسم.

والثاني: أنه لا يفرض لها سنة؛ لأن الأسواق تحول، وهو قول سحنون.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

والذي قاله سحنون رضي الله عنه أقرب ، والصحيح أن ذلك يختلف باختلاف حالات الزوج.

فإن كان الزوج موسرًا وسع في المدة إذا لم يؤد إلى ضرورة ؛ لأن الشأن الفرض بين الزوجين عند المقابحة وقلة الإنصاف ولدد الزوج وفي تقليل المدة عليها ضرر في تكرير الطلب عند لدده وقصده لإتعابها.

فإن كان الزوج موسرًا، فالثلاثة الأشهر والأربعة.

وإن كان متوسطًا، فالشهر والشهران.

وإن كان ذا صنعة، فالشهر.

فإن لم يقدر فعلى ما يرى أنه يستطيع أن يغرمه.

وهذا الذي ذكرناه رأيته لبعض المتأخرين.

وأما الكسوة، فإنها يفرض لها الغطاء والوطاء والكسوة ، فيفرض لها مرتين في الصيف والشتاء ، فيفرض لها في اللباس: القميص والوقاية والقناع، وهي في الجودة والدناءة [والزيادة] [1] على قدرهما وإيسار الزوج.

وقال ابن القاسم في «كتاب محمد»: ولا يفرض لها الخز ولا حرير، وإن كان متسعا.

وقال القاضي أبو الحسن بن القصار: إنما قال مالك لا يفرض لها الخز والحرير والعسل؛ لأن مدينة رسول الله ﷺ فيها القناعة ، فأما سائر

---

(١) سقط من أ.

الأمصار فعلى حسب [أحوالهم] [١] في النفقة.

واختلف في ثياب [خروجها][٢] كالثياب التي جرت العادة أن تخرج بها كالملحفة والعمامة وغيرها، على قولين:

أحدهما: لا شيء لها وهو ظاهر المذهب.

والثاني: أنه يفرض على الغني [ثياب][٣] [مخرجها][٤]، وهو قول مالك في «المبسوط».

ويزاد لها في كسوة الشتاء ما تقى به البرد، مثل: القبطية وغيرها.

وأما الغطاء والوطاء، ففراش [ووساد][٥] ولحاف.

قال ابن القاسم: والسرير في الوقت الذي يحتاج إليه [لخوف][٦] العقارب وشبهها.

قال ابن حبيب: أو براغيث أو فأر، وإلا فلا.

قال محمد: وما تزيل به الشعث كالمشط والمكحلة والنضوح ودهن وحناء رأسها.

وقال ابن وهب في «العتبية»: الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين ليس ذلك على الأزواج.

وقال محمد في الصبغ: وينفق الزوج على خادم واحد من خدمها

---

(١) في ع، هـ: اختلافهم.
(٢) في أ، جـ: فخرجها.
(٣) سقط من أ.
(٤) في ع، هـ: خروجها.
(٥) في ع، هـ: ووسائد.
(٦) في أ: لتخويف، وفي هـ: لتخوف.

لا أكثر.

واختلف إذا كانت ممن لا يصلحها إلا أكثر من واحد على قولين:

أحـدهمـا: أنه ينفق على أكثر من واحد ، ويـزكي عنهما زكاة الفطر، وهو قول مالك في «المبسوط».

والثاني: أنه لا ينفق على أكثر من واحد، وهو ظاهر «المدونة».

وهل عليها من [خدمة بيتها][1] شيء أم لا؟

فلا تـخلـو من أن تكون الـزوجة من ذوات الـشرف واليـسار أو دون ذلك:

فـإن كانت من ذوات الشرف، فالخدمة الظـاهرة والباطنة على الزوج، وليس عليها [شيء][2] من الخدمة قليل ولا كثير [ق/ ٣٧ع]، إلا الأمر والنهي في [ق/ ٢٦هـ] الخدمة الباطنة خاصة ، من غير التفات إلى الزوج كان من ذوي الشرف أم لا ، وإذا كان الزوج موسراً.

وإن لم تكـن الزوجة من ذوات الشرف، فـلا تخلو من أن يـكون في صداقها ما تشتري به خادمًا [يخدمهـا فتشتري من يخدمها وإن لم يكن في صداقها ما تشتري به خادما] [3] : فعليها الخدمة الباطنة كالعجين والطبيخ والكنـس والفرش والرش واستقـاء الماء، يريد: إذا كان داخـلاً ، وهو قول عبد الملـك بن الماجشون وأصبـغ قال: وكذلك إن كان الزوج مـليًا، إلا أنه كان في الحـال مثلها أو أيـسر منها ولم يـكن من أشراف الرجـال الذين لا يمتهنون نساءهم في الخدمة.

---

(١) في أ: خدمتها.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

واختلف إذا كان الزوج معسرًا والمرأة من ذوات الشرف ولم يكن في صداقها ما تشتري به الخادم، هل عليها من [خدمة بيتها][1] شيء أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أنها لا شيء عليها من خدمة بيتها، وهو ظاهر قول مالك في «المدونة».

والثاني: أن عليها الخدمة الباطنة كما هي على الدنية، وهو قول عبد الملك وأصبغ.

فإن قبضت الزوجة نفقتها ونفقة ولدها، فلا تخلوا من أن تدعى ضياع ذلك قبل المدة أو ادعت فراغه.

فإن ادعت ضياع ذلك قبل المدة، فلا تخلوا من أن يقوم لها بينة أم لا.

فإن لم تقم لها على ذلك بينة ، فلا يقبل لها قول لا في نفقة نفسها ولا في نفقة ولدها.

فإن قامت [لها][2] بينة على ذلك: أما نفقة الولد فلا ضمان عليها فيها ؛ لأنها [عندها] [3] في معنى الرهن [والعارية][4] لا في معنى الوديعة، إذ ليس قبضها بمحض الأمانة.

وأما نفقة نفسها إذا قامت [ق/ ١٦٠أ] لها بينة على تلفها، هل تضمن أم لا تضمن؟ **فالمذهب على قولين قائمين من «المدونة»:**

أحدهما: أنها ضامنة لها، وهو ظاهر قول ابن القاسم في «المدونة»،

---

(١) في أ: خدمتها.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.

وهو نص في «كتاب محمد بن الموّاز».

[**والثاني**: أنها لا ضمان عليها][1]، وهو ظاهر قول مالك [في المدونة][2] في «كتاب النكاح الثاني» في الصداق إذا قبضته ثم طلقها قبل البناء وادَّعت ضياعه، وكان الصداق مما يغاب [عنه][3]، حيث [قال:][4] لا ضمان عليها ؛ لأن الذي هلك من النفقة قبل تمام المدة التي فرضت لها لم تستحقه بعد، فكان الواجب أن يكون الضمان من الزوج كما لو ماتت.

وقد قال في «كتاب القذف» من «المدونة»: أن الزوج يسترد النفقة والكسوة على تفصيل ابن القاسم هناك في قرب المدة وبعدها.

وسبب الخلاف: اختلافهم فيما قبضته المرأة من ذلك، هل قبضته على معنى الملك أو قبضته نفقة لحقها.

فإن ادعت فراغ الذي فرض لها ونفاده قبل تمام المدة، فلا يخلو من أن يثبت ذلك ببينة أو مجرد دعواها.

فإن كان ذلك بمجرد دعواها: فلا يقبل قولها، ولا لها على زوجها شيء حتى تنقضي المدة.

إن ثبت ما تدعيه بما ثبت به أمثاله، فهل لها الرجوع بنفقة المدة على الزوج أم لا؟ **فإنه يتخرج في المذهب قولان قائمان من «المدونة»** :

أحدهما: أنها لا ترجع عليه بنفقة باقي المدة؛ لأنه قد تبين خطأ الحاكم

---

(١) سقط من هـ .

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ، جـ: عليه.

(٤) سقط من أ.

في التقدير؛ لأن الثياب قد بليت والنفقة قد [فرغت][(١)] قبل حلول الوقت الذي قدر لها.

الثاني: أنها لا ترجع عليه بشيء حتى تنقضي تلك المدة ، لأن ذلك حكم قد مضى، وهو ظاهر قول مالك في كتاب «الزكاة الثاني» من «المدونة» في الخارص إذا أخطأ في التقدير.

وسبب الخلاف: اختلافهم في المجتهد، هل يعذر باجتهاده أم لا؟

فمن رأى أنه يعذر باجتهاده، قال: لا شيء لها على زوجها .

ومن رأى أنه لا يعذر باجتهاده، قال: لها الرجوع على زوجها بما بقي من المدة.

وأما إذا كان الزوج معسرًا ، فلا يخلو من وجهين :

أحدهما: أن تكون الزوجة عالمة بحاله ، ودخلت على ذلك.

والثاني: أن تكون جاهلة بحاله ، أو طرأ العسر عليه بعد اليسر.

فإن كانت الزوجة عالمة بحاله ودخلت على فقره ، فلا يخلو من أن يكون من أهل الصفة أو كان فقيرًا ممن يسأل ويبذل وجهة في السؤال.

فإن كان من أهل الصفة وممن لا يسأل أحدًا، وإنما قعد على بساط الفتوح فلا مقال لزوجته، ولا حجة إذا طلبت النفقة أو الفراق لعدمه ؛ لأنها عرفت ما عليه دخلت.

وإن [كان][(٢)] من عادته السؤال [فإن تمادى على صنعته وحرفته في

---

(١) في أ: فنيت.

(٢) في أ، جـ: كانت.

السؤال] [١] فلا حجة لـها [أيضا][٢] أعطى أو خاب ؛ لأنها على ذلك دخلت.

وإن ترك السؤال الذي هو حرفته كان [لها][٣] القيام بالفراق.

وعلى هذا التنزيل يتنزل ما في «كتاب محمد» وما في «المبسوط» إن شاء الله تعالى.

فإن كانت الزوجة غير عالمة بحاله أو كان غنيًا وقت العقد ثم طرأ عليه العسر بعد ذلـك: فلا خلاف في المذهب في هذا الوجه أن لهـا القيام على الزوج في طلب الرزق، إما أن ينفق أو يطلق، فهل يطلق عليه الحاكم بنفس الرفع أو لابد له من التلوم؟ **فالمذهب على قولين**:

أحدهما: أنه لابد من التلوم، وهو المشهور.

والثـاني: أنه يحكم عليه بالطلاق بـنفس الرفع، وهو ظاهر قول مالك في كتـاب «ابن الموَّاز»، حيث قـال: قال مالك: إذا لم يجـد النفقة يـطلق عليه.

ووجه الـقول الأول: أنه لابد من التلوم ؛ لأنه مما يـفتقر إلى الاجتهاد مخافة أن يخبئ ماله، فيجب على الحاكم البحث عنه وعن حاله.

ووجه الـقول الـثانـي: أن التلوم والـبحث ضرر على المـرأة ؛ لأنها ما استعدت وما فضحت نفسها بالرفع إلى الإمام إلا بعد [ما][٤] بلغها الجهد بزيادة التلوم بعد الرفع عليها.

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من أ.

وعلى القول: بأنه لابد من التلوم، فما مقدار مدتها؟ **فالمذهب على خمسة أقوال**:

أحدها: أنه يتلوم له شهر ونحوه مما يضر به الجوع، وهو قول مالك في «المبسوط».

والثاني: أنه يتلوم له الأجل الأيام، وهو قول مالك في كتاب «محمد».

والثالث: أنه يتلوم له الشهر ونحوه، وهو قول أصحاب مالك على ما حكاه ابن الموَّاز.

والرابع: أنه يتلوم له الشهر والشهران.

والخامس: أنه إن لم يطمع له بمال فإنه يتلوم له [الشهر](1) إذا لم تجد هي ما تنفق ، وهو قول أصبغ.

وفي المسألة قول سادس: أنه يؤخر الشهر إذا كانت فقيرة، والشهرين إذا كانت موسرة، وهو قول قياسي.

فإذا حل أجل التلوم، فإن قدر على النفقة والكسوة، وإلا فُرِّق بينهما.

فإذا ثبت ذلك، فما المقدار الذي إذا قدر على إيصاله إليها لم يقض عليه بفراقها ؟

فإن وجد القوام من خبز الشعير والإدام والوسط من الكسوة مما لا يستهجن في حق الشريفة، والزوج لا يقدر على غير ذلك فلا يطلق عليه.

فإن لم يجد إلا غليظ الطعام والخشن من الثياب، وكان ذلك مما يستر عورتها ويسد خلتها.

---

(١) سقط من أ.

فـإن كانت من غير ذوات الشرف واليسـار فلا مقال لها إذا استمر ذلك بها، وإنما كلامها إذا قطع ذلك عنها.

فإن كانت من ذوات الشرف ولم تجد إلا الخشين من الثياب مما يستهجن لها ولأمثالـها لباسه، وتلحقها فـي لباسه معرة، والغليظ مـن الطعام الذي [تأنفه][١] ولا يساغ لها، وإن جاعت هل تطلق عليه مع القدرة علي ذلك أم لا؟

فالمذهب على قولين:

أحدهـما: أنه [لا] [٢] يحكم [عليه] [٣] بالطلاق مع القدرة على ذلك، وهو قول مالك في «كتاب محمد».

والثاني: إنما يحكم عليه بالطلاق إذا لم يقدر [إلا على ذلك][٤]، وهو قول مالك في «الكتاب المذكور» أيضًا .

وعـلى الـقـول بأنها تطلق بـالعجز عن النفقة: فإنها تطـلق عليه طلاقا [رجعيًا][٥]، ولا خلاف عندنا في المذهب [ق/ ١٣٩جـ] [في ذلك.

واخـتلـف في المـذهب][٦] ، هل يكون لها نـصف الصداق إذا كان الطلاق قبل البناء؟ **على قولين** وقد قدمناهما .

فإذا قلنا : [إن طلاقها][٧] طلاق رجعي، هل تصح للزوج الرجعة كما

(١) في ع، هـ: لم تألفه.
(٢) سقط من أ.
(٣) سقط من أ.
(٤) سقط من أ.
(٥) سقط من هـ .
(٦) سقط من هـ.
(٧) سقط من أ.

تصح له في غير هذا الوجه أم لا؟

فالذي عليه المذهب عندنا أن رجعته موقوفة على وجود النفقة في العدة.

فإذا قدر على النفقة في العدة صحت له الرجع التي ارتجعها.

فإن لم يقدر حتى انقضت العدة فليست رجعته برجعة.

وكذلك رجعت المولى [ق/ ٣٨ع] متوقفة على وجود الوطء في العدة؛ ولذلك قال القاضي أبو محمد عبد الوهاب: الرجعة تهدم العدة إلا في مسألتين .

والذي قاله صحيح لا خلاف فيه في المذهب.

واختلف في القدر الذي إذا قدر عليه تصح له الرجعة، على قولين:

أحدهما: أن لا رجعة إلا إذا وجد النفقة شهراً ، وأما العشرة أيام والخمسة عشر يومًا فليس ذلك له ، لأن عليها في ذلك ضرر ثم ترتجع ثم تطلق عليه إلى أيام ، وهو قول مالك ، رواه عيسى عن ابن القاسم.

والثاني: أنه ينظر إلى من كان فرضه الشهر .

فإذا أيسر لنفقة الشهر صحت له الرجعة.

وإن كان ممن فرضه يوم بيوم أو بالأيام فله الرجعة بوجودها لوجوده أولا، ثم تطلق عليه وهو قول ابن الماجشون، وبه قال ابن حبيب.

وأما الوجه الثاني: إذا كان الزوج غائبا، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يكون قيامها بعد الغيبة.

والثاني: أن يكون عند [عقد] (١) سفره.

---

(١) سقط من هـ.

فإن كان قيامها بعد الغيبة، فلا يخلو من وجهين:

أحدهما: أن يترك لها النفقة.

والثاني: أن يتركها بلا نفقة.

فإن ترك لها النفقة واعترفت بذلك، فلا كلام لها.

وإن تركها بلا نفقة على زعمها، فلا يخلو من أن ترفع أمرها إلى الإمام في غيبة الزوج أو لم ترفع.

فإن رفعت، فإن السلطان يكلف لها ثبوت الزوجية وثبوت الغيبة [وثبوت المال][1].

فإن أثبتت الجميع، فإن الإمام يُحلِّفها أنه ما ترك لها نفقة ولا بعث بها إليها ولا وضعتها عنه ثم يفرض لها، ولا خلاف عندنا في المذهب في هذا الوجه أن الغائب يباع عليه ماله وتكسر عليه عروضه فيما وجب عليه من النفقة.

واختلفوا في الحاضر إذا فرض عليه، هل يباع ماله وتكسر عروضه كما يفعل بالغائب أم لا؟ **على قولين:**

أحدهما: أنه يباع عليه ماله كما يباع على الغائب، وهو ظاهر «المدونة»؛ لأنه قال: تكسر عليه عروضه، أي: تباع، ولم يفصل بين الحاضر والغائب.

[**والثاني**: أنه لا يباع عليه ماله، وإنما يخير إذا فرض عليه بين أن ينفق أو يطلق، وهو قول ابن القاسم في «كتاب يحيى بن إسحاق».

---

(١) سقط من هـ.

والفرق بين الحاضر والغائب](١): أن الغائب الضرر فيه متحقق عليها لعدم النفقة، فإذا وجد [للزوج](٢) مال، فإنه يفرض لها فيه لغيبة عينه، لأنا لا ندري ما يختار [الزوج](٣) لو حضر، هل يختار الطلاق أو الإمساك؟

ـ والحاضر أمره بيد نفسه: إما أن يجري النفقة عليها وإلا طلقها، فلا وجه لبيع عروضه عليه، وربك أعلم.

فإذا لم يوجد للغائب مال حاضر، فلا يخلو من [ثلاثة أوجه]:

[**أحدها**]: أن يعرف ملاؤه.

والثاني: أن يعرف عدمه.

والثالث: أن يجهل حاله.

فإن عرف ملاؤه في غيبته ورفعت أمرها إلى الإمام، ففرض لها بقدره، فلها اتباعه بذلك إذا قدم.

فإن قدم وادعى أنه خلف لها النفقة، وأنه بعث إليها بالنفقة ووصلت إليها، فالقول قوله مع يمينه، وهو قول مالك في «كتاب ابن الموّاز».

فإن نكل عن اليمين غرم لها ما أنفقت.

فإن مات في غيبته ، وقد علم جيرانها [ق/ ٢٧ هـ] أنها تنفق سلفا أو من خالص مالها، فقال مالك : هذه أمور إنما يقضى فيها على نحو ما تنزل، واجتهاد الإمام في ذلك.

---

(١) سقط من هـ.

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من أ.

وهذا كله إذا لم ترفع أمرها إلى الإمام ولا استعدت.

فأما إذا استعدت وفرض لها القاضي نفقتها على قدره، ثم قدم وادعى أنه ترك لها النفقة أو أنه كان يبعث لها النفقة ، **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه لا يقبل قوله ؛ لأن رفعها إلى الإمام وإظهار الشكوى تقوم مقام البينة ، وهو قول مالك [ق / ١٦١أ] في «المدونة».

والثاني: [أن القول] [١] قوله مع يمينه أنه خلف أو بعث سرًا استعدت أم لا، وهو قول مالك أيضًا .

وسبب الخلاف: اختلافهم في دليل الحال، هل يقوم مقام الشاهدين أم لا؟ وذلك أن العادة الجارية في أغلب الأحوال أن المرأة لا ترضى لنفسها بغشيان أندية الحكام، والتعرض للدفاع والخصام إلا لضرورة [حافزة][٢] وحاجة ناجزة، فإذا ظهر منها الشكوى، وكان منها استعداد: كان ذلك دليلا على صدقها.

وأما إن علم [عدمه] [٣] في سفره ، فلا يفرض عليه، ثم هي مخيرة بين أن تصبر [عليه][٤] بلا نفقة .

وإن طلبته أن يفرق بينهما +، هل تمكن من طلبها أو لا تمكن؟ **فالمذهب على قولين:**

أحدهما: أنه يحكم عليه، بالطلاق كما يحكم على الحاضر، وهو قول ابن القاسم على ما حكاه ابن أبي زيد، وبه قال هو وغيره.

---

(١) في أ: يقبل.

(٢) في هـ: وافرة.

(٣) في أ: عدمها.

(٤) سقط من أ.

والثاني: أنه لا يحكم عليه بالطلاق أصلاً ، وهو مذهب أبي الحسن القابسي، وقال بعض الأندلسيين: لم يوجد للطلاق على الغائب في الكتاب ذكر، ولا جاء فيه أثر [إلا][1] عن ابن ميسر.

وأما إن جهل حاله في سفره، فهل ينظر إلى حاله التي خرج عليها أو إلى الحالة التي [قدم][2] عليها [فالمذهب على قولين :

أحدهما: أنه ينظر إلى الحالة التي سافر عليها] [3].

فإن خرج موسرًا، فعليه البينة أنه [عديم] [4] في سائر سفره.

فإن خرج معسرًا، فالقول قوله أنه كذلك في سائر سفره.

وإن أشكل أمره يوم خروجه : فعليه البينة أنه معدم في [سائر سفره و][5] غيبته، وهو قول ابن الماجشون، وبه قال ابن حبيب.

والثاني: أن النظر يوم قدومه، فإن قدم موسرًا، وقال: ما زلت كذلك في سائر سفري، فالقول قوله ، وهو قول ابن القاسم في «كتاب محمد».

وسبب الخلاف: هل يستصحب عليه [حكم] الحالة التي خرج عليها أو حكم الحالة التي قدم عليها؟

[تم كتاب النكاح الثاني بحمد الله وعونه ويتلوه كتاب النكاح الثالث][6] .

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: سافر، والمثبت من باقي النسخ وهو الصواب.

(٣) سقط من أ.

(٤) سقط من هـ.

(٥) سقط من أ.

(٦) في أ، جـ: تم الكتاب والحمد لله وحده.

فهرس الموضوعات

كتاب الصيد

كتاب الذبائح

كتاب الضحايا

كتاب النكاح الأول

كتاب النكاح الثانى